

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Financiero y Tributario



TESIS DOCTORAL

El régimen jurídico del intercambio internacional de información en la imposición directa: estudio comparativo entre el derecho español y el suizo

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Juan José Barriopedro Moro

Directores

Fernando Serrano Antón

Luz María Ruibal Pereira

Madrid, 2017

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE
MADRID**
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO



TESIS DOCTORAL

**El régimen jurídico del intercambio internacional de información en la
imposición directa: estudio comparativo entre el Derecho español y el suizo**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

Juan José Barriopedro Moro

Directores

**Fernando Serrano Antón
Luz María Ruibal Pereira**

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO



El régimen jurídico del intercambio internacional de información en la imposición directa: estudio comparativo entre el Derecho español y el suizo

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Juan José Barriopedro Moro

Dirección

Dr. D. Fernando Serrano Antón

Dra. D.^a Luz María Ruibal Pereira

2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

Realizada por : D. JUAN JOSE BARRIOPEDRO MORO

Dirigida por : Dr. D. FERNANDO SERRANO ANTÓN
Dra. D^a LUZ MARÍA RUIBAL PEREIRA

Universidad Complutense de Madrid

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Financiero y Tributario

Madrid, Octubre de 2015

Agradecimientos

Esta tesis constituye un desafío personal que no hubiera sido posible sin la colaboración de otras personas.

En particular debo agradecer el apoyo y los consejos de Fernando Serrano Antón y Luz María Ruibal Pereira como directores de esta tesis.

Quiero agradecer el apoyo incondicional prestado por mi familia, sin cuya inmensa paciencia y su aceptación sin reproche del tiempo que les ha sido robado no hubiera sido capaz de culminar esta investigación.

Debo expresar mi agradecimiento a todas aquellas personas que desde diversas instituciones suizas han colaborado en la documentación de la investigación.

Por último, mi agradecimiento al personal de la biblioteca del IEF y de la Delegación de Hacienda de Madrid.

A Berta, por su presencia.

A Mara y Berta hija, por mis ausencias.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
RESUMEN.....	9
ABSTRACT.....	19
INTRODUCCIÓN.....	27
I LA FUNCIÓN LEGAL DEL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE INFORMACIÓN	39
I.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y FUNCIONAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN.....	39
I.2 FUNDAMENTO JURÍDICO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN.....	47
I.3 INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE.....	56
I.4 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y LA LUCHA CONTRA LA COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA.....	64
I.5 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y EL BLANQUEO DE CAPITALS.....	69
I.5.1 CONCEPTO DE BLANQUEO	69
I.5.2 INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y BLANQUEO DE CAPITALS.....	73
I.5.3 LUCHA CONTRA EL BLANQUEO E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL EN ESPAÑA.	78
I.6 POSTURAS EN NUESTRO ENTORNO FRENTE A LAS PRÁCTICAS FISCALES PERJUDICIALES	82
I.6.1 LA POSICIÓN DE LA OCDE FRENTE A LOS PARAÍSO FISCAL.....	82
I.6.2 LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y LOS PARAÍSO FISCAL.....	94
I.6.3 LA POSICIÓN EUROPEA CONTRA LAS PRÁCTICAS FISCALES PERJUDICIALES.....	108
II EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL EN ESPAÑA.....	135
II.1 EL INTERCAMBIO DE INFORMACION EN ESPAÑA: LA ESPECIAL RELEVANCIA DEL ART. 26 MC OCDE	135

II.2 REGULACIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO FISCAL:	
LA DIRECTIVA 2011/16	139
II.2.1 INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN PREVIA SOLICITUD.....	149
II.2.2 INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN	153
II.2.3 INTERCAMBIO ESPONTÁNEO DE INFORMACIÓN.....	157
II.2.4 OTROS ASPECTOS DESTACABLES DE LA DIRECTIVA 2011/16.....	158
II.3. INFLUENCIA DEL SECRETO BANCARIO EN EL DESARROLLO DEL	
INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN HISPANO-SUIZO	162
II.3.1 EL INSTITUTO DEL SECRETO BANCARIO EN ESPAÑA.....	162
II.3.2 CONFIGURACIÓN LEGAL DEL SECRETO BANCARIO EN SUIZA	180
II.4 REGULACIÓN LEGAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL CDI	
ESPAÑA-SUIZA.....	196
 III. INICIATIVAS CONVENCIONALES EN EL ÁMBITO DEL INTERCAMBIO	
INTERNACIONAL DE INFORMACIÓN.....	211
III.1 EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN DEL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE	
INFORMACIÓN FISCAL.....	211
III.2 EL MODELO FATCA DE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN ..	219
III.2.1 EL ACUERDO FATCA ESPAÑA	229
III.2.2 EL ACUERDO FATCA SUIZA.....	240
III.3 LOS ACUERDOS RUBIK.....	248
III.4 LA PROPUESTA OCDE DE ESTÁNDAR INTERNACIONAL PARA EL	
INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN FISCAL.....	256
III.5 EL PLAN BEPS DE LA OCDE.....	265
III.5.1 POSTURA SUIZA FRENTE AL PLAN BEPS	276
 IV INSTRUMENTOS CONVENCIONALES DE INTERCAMBIO DE	
INFORMACIÓN: EL PAPEL RELEVANTE DE LA OCDE	281
IV.1 INTRODUCCIÓN	281
IV.2 EL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE Y SUS COMENTARIOS	287
IV.2.1 ART. 26 DEL MCOCDE: LA CLÁUSULA DE INTERCAMBIO DE	
INFORMACIÓN.....	298
IV.3 EL MODELO DE ACUERDO DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE LA OCDE.	
.....	315
IV.4 EL CONVENIO CONJUNTO DEL CONSEJO DE EUROPA Y DE LA OCDE SOBRE	
ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA TRIBUTARIA.....	325

IV.5 LÍMITES AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y TUTELA DEL OBLIGADO	
TRIBUTARIO	334
IV.5.1 LOS LÍMITES AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	334
IV.5.2 DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL CONTRIBUYENTE EN EL	
INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	351
IV.6 EL MCOCDE FRENTE AL MODELO DE CONVENIO DE LA ONU.....	372
IV.6.1 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL MCONU.....	377
V EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN EN EL MARCO DE	
LA DIRECTIVA 2003/48/CE: SU APLICACIÓN A SUIZA.....	383
V.1 ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA DIRECTIVA.....	383
V.1.1 EL PROCESO DE DESARROLLO DE LA DIRECTIVA SOBRE LA	
TRIBUTACIÓN DEL AHORRO	393
V.2 ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DIRECTIVA	402
V.2.1 EL CONCEPTO DE INTERESES EN LA DIRECTIVA	402
V.2.2 EL PERIODO TRANSITORIO Y EL SISTEMA DE RETENCIÓN A CUENTA..	404
V.2.3 EL AGENTE PAGADOR Y EL BENEFICIARIO EFECTIVO.....	409
V.2.4 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	413
V.3 LA REVISIÓN DE LA DIRECTIVA	416
V.3.1 PROBLEMAS Y PROPUESTAS EN EL ÁMBITO SUBJETIVO	418
V.3.2 PROBLEMAS Y PROPUESTAS EN EL ÁMBITO OBJETIVO	420
V.3.3 PROBLEMAS Y PROPUESTAS EN MATERIA DE INTERCAMBIO DE	
INFORMACIÓN: LA MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA.....	422
V.3.4 LA DIRECTIVA 2014/48/UE	425
V.4 EL ACUERDO SOBRE LA FISCALIDAD DEL AHORRO UE-SUIZA: BILATERALES II	
.....	427
VI. LA REGULACIÓN LEGAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN	
SUIZA	435
VI.1 INTRODUCCIÓN	435
VI.2 SUSTRATO JURÍDICO TRADICIONAL DE LA ASISTENCIA JUDICIAL Y	
ADMINISTRATIVA EN MATERIA FISCAL	437
VI.3 EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN SUIZA FRENTE AL MCOCDE	446
VI.3.1 EXAMEN DE AVANCES SEGÚN EL FORO MUNDIAL SOBRE	
TRANSPARENCIA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	454
VI.4 ORDENACION LEGAL DE LA ASISTENCIA ADMINISTRATIVA EN SUIZA: LAAF	

.....	462
VI.4.1 LA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN	469
VI.4.2 PROCEDIMIENTO DE REMISIÓN DE INFORMACIÓN.	476
VI.4.3 LA REVISIÓN DE LA LAAF.	482
VI.5 LA ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA FISCAL	487
VI.5.1 LA REVISIÓN DE LA EIMP	494
VI.6 EL ACUERDO SOBRE LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE CON LA UE.	499
VII. CONCLUSIONES	505
BIBLIOGRAFÍA	525

ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
AI	Acuerdo de intercambio de información
AFC	Administration Fédérale des Contributions (Suiza).
ASEFiD	Association suisse de experts fiscaux diplômés
ATAF	Arrêt du Tribunal Administratif Fédéral (Suiza)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATF	Arrêt du Tribunal Fédéral (Suiza)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCS	Code Civil Suisse
CDI	Convenio para evitar la doble imposición internacional
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEJ	Convention européenne d'entraide judiciaire
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CFC	Compañía Foránea Controlada
CIAT	Centro Interamericano de Administraciones Tributarias
CMC	Comentarios al Modelo de Convenio
CPS	Code Pénal Suisse
Cst	Constitution Fédérale de la Confédération Suisse
DFF	Departamento Federal de Finanzas (Suiza)
DO	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea

ECI	Equipo Central de Información
ECOFIN	Consejo Europeo de Economía y Finanzas de la UE
ECOSOC	Consejo Económico y Social de Naciones Unidas
EEE	Espacio Económico Europeo
EEMM	Estados Miembros
EEUU	Estados Unidos de América
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale)
EM	Estado Miembro.
ETN	Empresas Transnacionales.
FACTA	Foreign Account Tax Compliance Act (USA)
FF	Feuille Fédérale (Suiza)
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Suiza)
FJ	Fundamento Jurídico
G20	Grupo que reúne a los líderes de las principales economías avanzadas y emergentes del mundo. Formado por 19 países y la UE.
GAFI (FATF)	Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el blanqueo de capitales. (Financial Action Task Force)
IAI	Intercambio Automático de Información
IIC	Instituciones de Inversión Colectiva
IFA	International Fiscal Association
IRC	Internal Revenue Code (USA)
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IRS	Internal Revenue Service (USA)
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LAAF	Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en

	matière fiscale (loi sur l'assistance administrative fiscale)
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
MA	Modelo de Acuerdo
MAOCDE	Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información Fiscal de la OCDE
MC	Modelo de Convenio
MCAA	Multilateral Competent Authority Agreement
MCOCDE	Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Capital de la OCDE
MCONU	Modelo de Convenio sobre la Renta y el Capital de las Naciones Unidas
MINHAP	Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas
NIF	Número de Identificación Fiscal
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OFJ	Office fédéral de la justice
OICVM	Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios
OMC (WTO)	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RGAT	Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos,

aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

RGIT	Reglamento General de la Inspección de los Tributos
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RTEAC	Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEPBLAC	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias
SFI	Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (Suiza)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TAF	Tribunal administratif fédéral (Suiza)
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TF	Tribunal Fédéral (Suiza)
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIEA	Tax Information Exchange Agreement
TIEA	Tax Information Exchange Agreement
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

RESUMEN

Esta tesis constituye un intento de aproximación al intercambio de información en el ámbito de la fiscalidad directa desde una perspectiva global que no se limite a los aspectos puramente formales y positivos, sino considerando aquellos aspectos económicos y sociales que son relevantes en el análisis jurídico del intercambio de información, enriqueciendo la investigación sin la intromisión de la metodología propia de cada uno de ellos.

Ello conduce indefectiblemente al estudio de los distintos instrumentos normativos desde un punto de vista eminentemente dinámico, de forma que permita analizar la evolución de éstos en un determinado contexto socio-económico en el que el proceso de globalización social y económica y el estallido de la crisis de 2008 juegan un papel predominante, poniéndose de manifiesto, apoyándose en la comparación con el derecho suizo, el verdadero papel que hoy día juega el intercambio de información en el panel internacional.

Se procede en primer lugar a delimitar el concepto de intercambio de información, sus distintas interpretaciones y su papel relevante en la lucha contra el fraude fiscal, contra el blanqueo de capitales y contra la competencia fiscal perniciosa. En este sentido resulta especialmente relevante el cambio de orientación de la OCDE, que se recoge en el “The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: the 2001 progress report” publicado en noviembre de 2001, respecto a la consideración de un país o territorio no miembro de este organismo como paraíso fiscal merecedor de la aplicación de medidas defensivas si cumple con los estándares OCDE de transparencia y efectivo intercambio de información.

Esta misma línea se aprecia en la Unión Europea, que inspirándose en los informes de la OCDE publica en abril de 2009 la Comunicación

“Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal”, que ensalza el proceso de globalización económica preconizando, como medio de lucha contra los efectos indeseados de ésta, la cooperación administrativa internacional en el ámbito del intercambio de información, la adopción de medidas contra el secreto bancario y establecer mecanismos de intercambio de información entre las distintas autoridades responsables de la lucha contra el fraude y contra el blanqueo.

La armonización de la posición española respecto a estos nuevos postulados de la OCDE se llevó a cabo mediante la aprobación del Real Decreto 116/2003 por el que se modifica el Real Decreto 1080/1991 para “introducir la posibilidad de excluir de la lista de paraísos fiscales a los países y territorios que se comprometan a intercambiar información con la Administración española”, de modo que los países que firmen con España un Acuerdo de intercambio de información o un Convenio de doble imposición dejarían de considerarse paraísos fiscales.

La política española en materia de intercambio de información tributaria está claramente condicionada por su pertenencia a la OCDE y a la UE, lo que conlleva la utilización de los instrumentos normativos adoptados en el seno de cada una de estas organizaciones internacionales.

Y como país miembro de la UE España incorpora al derecho interno la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y que deroga la Directiva 77/799/CEE. La modificación de la LGT por el Decreto Ley 20/2011 da amplia cobertura a las actuaciones previstas en la Directiva, que se verán desarrolladas reglamentariamente en el RD 1558/2012 que atribuye a la AEAT la competencia para formular las peticiones de asistencia mutua a otros Estados o entidades internacionales.

La Directiva 2011/16, siguiendo la tendencia marcada por la OCDE, extiende el ámbito de la cooperación administrativa incluyendo la información bancaria entre la información a intercambiar a requerimiento previo señalando expresamente la imposibilidad alegar el secreto bancario

como impedimento, e introduce el intercambio de información automático de la información disponible a partir del 1 de enero de 2015, sobre cinco categorías de rentas. La Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014 modifica la Directiva 2011/16/UE introduciendo la obligatoriedad del intercambio automático de información y amplía su ámbito de aplicación para equipararlo a FATCA.

La imposibilidad alegar el secreto bancario como impedimento al intercambio de información recogido en la Directiva 2011/16 lleva al análisis de este instituto y su influencia en el desarrollo del intercambio de información hispano-suizo. Frente al derecho español, en el que el secreto bancario no constituye una “figura o concepto jurídico” se contrapone el instituto del secreto bancario en Suiza, país en el que la protección de la intimidad mediante el secreto está muy arraigada, por lo que la idea de partida en cualquier planteamiento pasa necesariamente por garantizar que la protección de datos personales esté bien asegurada mediante un complejo entramado legal.

Desde que en 1966 España y Suiza suscribieran un Convenio de doble imposición que no incluía cláusula alguna que permitiera la transmisión de datos con transcendencia tributaria, la postura de Suiza en materia de intercambio de información ha ido evolucionando hasta aceptar plenamente el nuevo estándar de intercambio de la OCDE, evolución plasmada en la firma, el 27 de julio de 2011, del Protocolo de modificación del Convenio para evitar la doble imposición.

La tendencia internacional hacia un nuevo modelo de intercambio de información que supere las limitaciones del intercambio rogado en un contexto globalizado y de nuevas necesidades financieras de los Estados fruto de la crisis, se pone de manifiesto en las numerosas iniciativas surgidas en los últimos años al respecto.

La “Foreign Account Tax Compliance Act” (FATCA) se integra entre estas, en línea con las últimas iniciativas de la Comisión Europea y de la

propia OCDE que tratan de superar el modelo de intercambio de información a solicitud pasando a un modelo de intercambio automático o en masa. Introduce una nueva retención sobre ciertos pagos de fuente norteamericana realizados a entidades financieras extranjeras y a ciertas entidades extranjeras no financieras aplicable en el caso de que ciertas obligaciones de información no sean cumplidas.

Suiza trató de evitar su imposición y el levantamiento del secreto bancario planteando el llamado Proyecto Rubik que aboga por la aplicación, mediante la firma de una serie de acuerdos bilaterales, de un pago único y liberatorio, de carácter anónimo, como regularización de los rendimientos pasados no declarados por los residentes de terceros países con depósitos en Suiza, y de una retención anual sobre los rendimientos generados por dichos activos a partir de la firma del Acuerdo bilateral. Este proyecto vio frenadas sus expectativas por la irrupción de los Acuerdos FATCA.

La iniciativa más reciente, con indudable influencia FATCA, es la “Propuesta de estándar internacional para el intercambio automático de información fiscal” presentada por la OCDE el 13 de febrero de 2014 y elaborada con la colaboración del G20 y de la Unión Europea, que emplaza a las jurisdicciones a obtener información sobre sus instituciones financieras e intercambiar entre ellas dicha información anualmente de forma automática, y abarca todo tipo de ingresos financieros de personas y sociedades desde su entrada en vigor. Con esta propuesta la OCDE pretende establecer un protocolo común para los intercambios automáticos evitando la proliferación de marcos de actuación.

En el ámbito de los instrumentos convencionales de intercambio de información la OCDE juega un papel relevante, destacando el ya mencionado artículo 26 presente en las diversas y sucesivas versiones de su modelo de Convenio de doble imposición y sus Comentarios y el modelo de Acuerdo de intercambio de información. Junto a estos instrumentos de carácter bilateral la OCDE también ha diseñado otros

instrumentos normativos en materia de intercambio de información de carácter multilateral que tienen su mejor ejemplo en el Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria de 1988. La revisión del mismo en 2010 sobre la base del artículo 26 del modelo de Convenio de la OCDE supuso su alineación con el nuevo estándar internacional, estableciendo que el secreto bancario y el requisito de interés fiscal interno no pueden impedir el intercambio de información para efectos fiscales.

Un antecedente del intercambio automático de información en el ámbito de la Unión Europea se encuentra en la Directiva 2003/48/CE del Consejo sobre gravamen del ahorro, que contempla el intercambio de información automático entre los Estados miembros de datos correspondientes a particulares y, durante el período transitorio y para ciertos países con tradición de secreto bancario, la sustitución de este intercambio por retenciones crecientes sobre los rendimientos a compartir con el país de residencia del perceptor.

Esta Directiva constituye además la base los acuerdos formalizados con diferentes Estados no miembros, entre los que se incluye Suiza en el marco de los denominados Bilaterales II, por los que se acepta establecer una retención en la fuente del 35% a cambio de mantener su secreto bancario. El último acuerdo de los Bilaterales II es el Acuerdo sobre la lucha contra el fraude (ALF) que compromete a Suiza a cooperar en materia de impuestos indirectos con las autoridades administrativas y judiciales de los países firmantes tanto en el marco de la asistencia administrativa como en el de la colaboración judicial.

Desde su entrada en funcionamiento el 1 de julio de 2005 quedó patente la necesidad de llevar a cabo ciertas modificaciones, lo que desembocó la aprobación de la Directiva 2014/48/UE de 24 de marzo de 2014, que pretende subsanar algunas lagunas de la Directiva 2003/48/CE, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2016.

Todo lo anterior, junto a las fuertes presiones internacionales, han llevado a la modificación del ordenamiento jurídico de la asistencia judicial y administrativa en materia fiscal en Suiza. El cambio principal, que supone un cambio de paradigma en la concepción tradicional de Suiza en la lucha contra los delitos fiscales, tuvo lugar el 13 de marzo 2009, fecha en que el Consejo federal decidió aceptar las normas de la OCDE en la materia de conformidad con el artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE

La posición tradicional Suiza en materia de intercambio de información es muy peculiar y se diferencia en muchos aspectos de la de la mayoría de los demás Estados.

La concepción tan particular de Suiza encuentra su explicación en que siempre ha considerado que los CDI no tienen por objetivo de luchar contra el fraude o la evasión fiscal y en que su derecho penal fiscal interno es diferente del de otros Estados, ya que la mayoría de los Estados consideran que el fraude fiscal cometido intencionalmente por el contribuyente (a partir de ciertos límites cuantitativos) constituye un delito penal, que se considera una mera infracción tributaria únicamente cuando no existe dolo. En Suiza por el contrario el criterio para calificar un hecho como fraude o delito fiscal no es el de la intensidad de la culpa sino el uso o no de un título o documento falso.

Con el fin de adaptar la legislación interna al nuevo enfoque que Suiza dio a la asistencia administrativa con la retirada de las reservas al artículo 26 MCOCDE y su incorporación a los CDI nuevos o revisados, el 1 octubre de 2010 entró en vigor la “Ordonnance relative à l’assistance administrative d’après les conventions contre les doubles impositions” que regula el procedimiento de la asistencia prevista en tales Convenios

A raíz de los distintos informes del Foro Mundial y de las presiones internacionales, Suiza se vio obligada a introducir reformas en la “Ordonnance relative à l’assistance administrative d’après les conventions

contre les doubles impositions” apenas dos años y medio de su entrada en vigor, por la “loi fédérale sur l’assistance administrative internationale en matière fiscale” (LAAF) de 28 de septiembre de 2012. Para permitir las demandas agrupadas, no contempladas en la LAAF se procedió a revisar la ley mediante la aprobación de “L’ordonnance relative à l’assistance administrative en cas de demandes groupées d’après les conventions fiscales internationales” de 16 de enero de 2013, que entró en vigor conjuntamente con la LAAF, por la que se autorizan las demandas agrupadas con ciertos requisitos que eviten las “fishing expedition”. La imposibilidad de acceder a la fase 2, tras el examen del Foro Global, contenida en el informe del examen por los pares de 1 de junio de 2011 y la posibilidad de recibir sanciones, motivaron la aprobación, el 21 de marzo de 2014, de la Ley Federal de modificación de la LAAF.

Respecto a la asistencia judicial la “Ley Federal sobre asistencia internacional en materia penal” (EIMP) de 20 de marzo de 1981 excluía la cooperación en materia fiscal con las autoridades penales extranjeras salvo las excepciones establecidas en casos de “escroquerie” fiscal (fraude en el que existe engaño con astucia) según lo dispuesto en la “Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif” (DPA). El delito debe no obstante ser punible en los dos Estados interesados (principio de doble incriminación).

Tras la adopción del estándar del artículo 26 del modelo de Convenio OCDE Suiza admite las demandas de asistencia administrativa en caso de sustracción de impuestos mientras que, en el ámbito de los impuestos directos, la asistencia judicial penal sólo permite prestar asistencia a otro Estado en caso de “escroquerie” fiscal. Para homogeneizar el tratamiento de la asistencia en ambos ámbitos el Consejo Federal tomó el 29 de junio de 2011 la decisión de ampliar la asistencia judicial conforme a las líneas maestras seguidas en la regulación de la asistencia administrativa, mediante la modificación de la EIMP y la adopción de los instrumentos en la materia del Consejo de Europa.

En conclusión, el intercambio de información se convierte en el instrumento idóneo para garantizar la recaudación de los Estados en este contexto de globalización económica, crisis y competencia fiscal perniciosa, jugando la OCDE un papel fundamental en este proceso. La constatación de las deficiencias que el intercambio de información rogado plantea lleva a plantearse a nivel global distintas iniciativas que tratan de establecer, siquiera de forma parcial, un cierto grado de intercambio automático de información por las facilidades que ofrece para el control tributario y de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal en un entorno de globalización económica. El intercambio automático se espera que pueda ser aplicado desde septiembre de 2017 en un conjunto de países, entre los que se cuenta España, y a partir de 2018 en otros, entre los que se encuentra Suiza, que ya han firmado el Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes redactado por la OCDE.

La posición de Suiza en materia de asistencia administrativa y judicial en el ámbito fiscal ha sufrido en los últimos años cambios importantes modificaciones, principalmente por la presión ejercida por parte de los Estados Unidos y de los Estados miembros de la Unión Europea. Se ha producido un paulatino cambio de postura en Suiza respecto al secreto bancario, que ya no podrá amparar una negativa a proporcionar información, incluso en caso de sustracción fiscal no constitutiva de delito conforme a la legislación suiza. La paradoja es que las autoridades fiscales de terceros países podrán acceder a datos bancarios con los que no cuenta la propia Administración tributaria suiza, que se ve imposibilitada para solicitar esta información en caso de sustracción fiscal.

La firma del Acuerdo FATCA Suiza resulta difícilmente aceptable para la Confederación por sentirlo una imposición y una injerencia en su derecho interno, difícilmente justificable cuando no contempla ningún tipo de correspondencia por parte de EE. UU. En todo este proceso los derechos de los contribuyentes se han visto afectados, por cuanto su derecho a ser notificado de la existencia de un requerimiento de

información, a una audiencia previa a la transmisión de los datos y a la impugnación de las medidas adoptadas se ha visto limitado, lo que reduce las posibilidades del obligado tributario de someter el intercambio a un control administrativo y jurisdiccional previo.

Toda esta normativa se pone al servicio de la nueva economía global y de las necesidades financieras de los Estados, lo que pone de manifiesto la prevalencia de los mercados en la construcción del orden jurídico fiscal internacional. Bajo este prisma, el Derecho Financiero se contempla como una herramienta para garantizar la libre circulación de capitales al tiempo que pretende subsanar los graves problemas de evasión fiscal que la globalización provoca con medidas que, en muchos casos, suponen la reducción de los derechos y garantías del contribuyente o el abandono de principios del Derecho tributario. La globalización conlleva la progresiva reducción de la soberanía fiscal de los Estados por el transvase de los poderes de decisión hacia instancias externas al Estado, y su transformación en un poder tributario de carácter internacional que se ejerce a través de convenios internacionales de carácter bilateral o, cada vez más frecuentemente, multilateral.

ABSTRACT

This thesis is an attempt to approach the exchange of information in the field of direct taxation from a global perspective that goes beyond the purely formal and positive aspects, but considering those economic and social issues that are relevant to the legal analysis of exchange information, enriching the investigation without the interference of the methodology of each.

This leads inevitably to the study of the various policy instruments from an eminently dynamic view, so to analyze the evolution of these in a given socio-economic context in which the process of social and economic globalization and the outbreak of the crisis 2008 play a predominant role, becoming apparent, based on comparison with Swiss law, the true role that today plays the exchange of information on the international panel.

It is necessary first to define the concept of exchange of information, its different interpretations and relevant in the fight against tax fraud, anti-money laundering and harmful tax competition role. In this regard it is particularly important the change in orientation of the OECD, which is contained in "The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report" published in November 2001, regarding the consideration of a country or territory no member of this organization as worthy tax haven of implementing defensive measures if they meet the OECD standards of transparency and effective exchange of information.

This line can be seen in the European Union, drawing on the OECD reports published in April 2009 Communication "Promoting Good Governance in Tax Matters" which extols the process of economic globalization advocate, as a means of struggle against the unwanted effects of this, the international administrative cooperation in the field of exchanging information, taking action against banking secrecy and

establish mechanisms for exchange of information between authorities responsible for the fight against fraud and money laundering.

The harmonization of the Spanish position on these new principles of the OECD was conducted with the approval of RD 116/2003 by amending RD 1080/1991 to "introduce the possibility to exclude from the list of havens tax countries and territories to commit to exchange information with the Spanish government, "so that countries with Spain signed an agreement on exchange of information or tax treaty would no longer be considered tax havens.

The Spanish policy on exchange of tax information is clearly conditioned by its membership of the OECD and the EU, which entails the use of legal instruments adopted within each of these international organizations.

And as a member country of Spain joined the EU law Directive 2011/16 /EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC. The modification of the LGT by Decree-Law 20/2011 gives wide coverage to the actions foreseen in the Directive, which will be developed regulations in RD 1558/2012 it attaches to the Tax Agency the authority to make requests for mutual assistance to other States or international organizations.

Directive 2011/16, following the trend set by the OECD, extends the scope of administrative cooperation including banking information to be exchanged between a previous requirement expressly noting the impossibility invoke bank secrecy as a deterrent, and enter the exchange of information automatic information available from January 1, 2015, on five categories of income. Directive 2014/107/EU of 9 December 2014 amending Directive 2011/16/EU introduced the mandatory automatic exchange of information and expands its scope to equate to FATCA.

The impossibility invoke banking secrecy as an impediment to the exchange of information contained in Directive 2011/16 leads to the

analysis of this institute and its influence on the development of the Spanish-Swiss exchange information. Against the Spanish law on banking secrecy does not constitute a "figure or legal concept" school of banking secrecy in Switzerland, where the protection of privacy by secret runs deep contrasts, so the idea of starting in any approach necessarily involves ensuring that the protection of personal data is properly secured by a complex legal framework.

Since 1966 Spain and Switzerland signed a non double taxation convention did not include any clauses that would allow data transmission with tax transcendence, the position of Switzerland on the exchange of information has evolved to fully accept the new exchange standard OECD evolution reflected in the signing on 27 July 2011, the Protocol amending the Convention for the avoidance of double taxation.

The international trend towards a new model of information exchange that overcomes the limitations of exchange prayed in a global context and new financial needs of the States result of the crisis, evidenced by the many initiatives in recent years about .

The "Foreign Account Tax Compliance Act" (FATCA) is integrated between these, in line with the latest initiatives of the European Commission and the OECD itself trying to overcome the pattern of exchange of information on request moving to a model of automatic exchange or mass. Introduces a new withholding tax on certain US source payments made to foreign financial institutions and certain foreign financial institutions not applicable in the event that certain reporting requirements are not met.

Switzerland tried to avoid imposition and lifting of bank secrecy raising the Rubik called Project advocates the application, by signing a series of bilateral agreements in a lump sum and discharging of anonymity, as yields stabilize the past undeclared by residents of third countries with deposits in Switzerland, and an annual deduction from revenue generated

by those assets from the signing of the bilateral agreement. This project was braking his expectations for the emergence of FATCA Agreements.

The most recent initiative, with undoubted influence FATCA is the "Proposal international standard for the automatic exchange of tax information" presented by the OECD on 13 February 2014 and prepared with the collaboration of the G20 and the European Union, which calls jurisdictions to obtain information on their financial institutions and exchange between them this information automatically each year, covering all types of financial income to individuals and companies since its entry into force. OECD This proposal aims to establish a common protocol for automatic exchanges preventing the proliferation of frameworks for action.

In the field of conventional instruments OECD information exchange plays an important role, highlighting the aforementioned Article 26 present in the various successive versions of the model double taxation convention and its comments and model exchange agreement information. Alongside these bilateral instruments OECD has also designed other legal instruments on exchange of information multilateral measures are best exemplified by the Joint Convention of the Council of Europe and the OECD on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters 1988 . The review of it in 2010 on the basis of Article 26 of the model OECD convention led to its alignment with the new international standard, establishing that bank secrecy and domestic tax interest requirement can not prevent the exchange of information for purposes prosecutors.

A history of automatic exchange of information in the field of the European Union is Directive 2003/48/EC on taxation of savings, which provides automatic information exchange between Member States corresponding to particular data and for the transitional and certain countries with a tradition of banking secrecy, the replacement of the exchange by increasing deductions on income sharing with the country of residence of the recipient period.

This directive also forms the basis of agreements signed with various non-member states, including Switzerland is included under the Bilateral called II, for which it is accepted to establish a withholding tax of 35% in exchange for keeping her secret banking. The last agreement is the Bilateral II Agreement on the fight against fraud (ALF) which commits Switzerland to cooperate in the field of indirect taxes with the administrative and judicial authorities of both signatories under the administrative assistance as countries the judicial cooperation.

Since its entry into operation on July 1, 2005 was a clear need to carry out modifications, which led to the adoption of Directive 2014/48/EU of 24 March 2014, which aims to fill some gaps in the Directive 2003/48 / EC, which entered into force is scheduled for January 1, 2016.

All this, together with strong international pressure, led to the modification of the law of judicial and administrative assistance in tax matters in Switzerland. The main change, which represents a paradigm shift in the traditional conception of Switzerland in the fight against tax crimes, took place on March 13, 2009, when the Federal Council decided to accept the OECD standards on the matter in accordance Article 26 of the Model Convention of the OECD

The traditional Swiss position on the exchange of information is very peculiar and differs in many respects from that of most other states.

The highly particular conception is explained by Switzerland has always considered that Tax Conventions are not intended to combat fraud and tax evasion and that its internal fiscal criminal law is different from that of other states, since most of States consider that tax fraud committed intentionally by the taxpayer (based on certain quantitative limits) is a criminal offense, which is considered a mere tax violation only when there is no fraud. In Switzerland on the other hand the criterion to qualify an act as fraud or tax fraud is not the intensity of guilt but the use or not of a degree or false document.

In order to adapt domestic legislation to the new approach that Switzerland gave administrative assistance with the withdrawal of reservations to article 26 MCOECD and their incorporation into new or revised Tax Convention, the October 1, 2010 entered into force the "Ordonnance relative à l'd'après administrative assistance conventions them contre les doubles impositions "which governs the procedure of assistance under such Conventions

Following various reports of the World Forum and international pressure, Switzerland was forced to introduce reforms in the "relative à l'ordonnance d'après administrative assistance conventions contre les doubles impositions them" just two and a half years of its entry in effect, the "loi fédérale sur l'internationale en matière administrative assistance fiscale" (LAAF) of 28 September 2012. To allow pooled claims not covered by LAAF proceeded to revise the law by adopting " L'ordonnance relative à l'administrative assistance in cas of groupées demandes d'après international tax conventions them" from January 16, 2013, which entered into force together with the LAAF establishing claims grouped authorizing certain requirements avoiding the "fishing expedition". Lack of access to phase 2, after consideration of the Global Forum, contained in the report of the peer review of 1 June 2011 and the possibility of sanctions, led to the adoption on 21 March 2014, the Federal Law amending the LAAF.

Regarding the legal assistance the "Federal Law on International Assistance in Criminal Matters" (EIMP) of 20 March 1981 exclude the tax cooperation with foreign criminal authorities except as otherwise provided in cases of "escroquerie" fiscal (fraud the cunning deception exists) in accordance with the "Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif" (DPA). The offense must however be punishable in both States involved (principle of dual criminality).

Following the adoption of the standard of Article 26 of the OECD Model Convention Switzerland it supports the demands of administrative assistance in case of tax theft while in the field of direct taxation, criminal

judicial assistance can only assist another State if of "escroquerie" tax. To standardize the treatment of assistance in both areas, the Federal Council took the 29 June 2011 decision to extend judicial assistance under the guidelines followed in the regulation of administrative assistance, by modifying the EIMP and adoption instruments in the field of the Council of Europe.

In conclusion, the exchange of information becomes the ideal instrument for ensuring recovery of States in the context of economic globalization, crisis and harmful tax competition, OECD playing a key role in this process. The realization of the deficiencies that the exchange of information raises the question arises prayed global different initiatives that seek to establish, even partially, a certain degree of automatic exchange of information by the facilities provided for the tax control and combating fraud and tax evasion in an environment of economic globalization. The automatic exchange is expected to be implemented from September 2017 in a number of countries, including Spain is counted, and from 2018 in others, among which is Switzerland, which have already signed the Multilateral Agreement of Authorities drafted by the OECD.

Switzerland's position as regards administrative and judicial assistance in tax matters has suffered in recent years major changes amendments, mainly by the pressure exerted by the United States and Member States of the European Union. There has been a gradual change of position regarding Swiss banking secrecy, which can no longer protect a refusal to provide information, even if not constituting tax subtraction offense under Swiss law. The paradox is that the tax authorities of third countries can access banking data that does not count the Swiss Tax Administration, which is unable to request this information in cases of tax subtraction.

The signing of the Agreement Switzerland FATCA is hardly acceptable to the Confederation feel an imposition and an interference with his hard to justify when domestic law does not provide any correspondence from EE. UU. Throughout this process the rights of taxpayers are affected,

because their right to be notified of the existence of a request for information to a pre-hearing data transmission and the challenge of the measures taken has been limited, reducing the chances of the taxpayer to submit a prior exchange administrative and judicial review.

All these regulations is at the service of the new global economy and financial needs of States, which highlights the prevalence of markets in the construction of international tax legal order. In this light, the Financial Law is seen as a tool to ensure the free movement of capital while seeking to solve the serious problems of tax evasion that globalization leads to measures which, in many cases, involve the reduction of the rights and guarantees the taxpayer or the abandonment of principles of tax law. Globalization entails the progressive reduction of the fiscal sovereignty of States for the drift of decision-making powers to bodies outside the state, and its transformation into a tributary of international power exerted through international or bilateral agreements, increasingly often multilateral.

INTRODUCCIÓN

En el marco actual de una economía globalizada, con una creciente libertad de circulación de capitales derivada de la supresión de los controles estatales en la circulación de bienes, servicios y capitales que quedan al margen de su jurisdicción nacional, se hace imprescindible articular un ordenamiento globalizado que dote a los Estados de instrumentos de control para asegurarse del correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias de aquellos contribuyentes que realizan operaciones en otras jurisdicciones, de forma que puedan hacer frente a sus crecientes necesidades fiscales. La falta de instrumentos jurídicos reguladores de la movilidad de estos factores, fundamentalmente del capital, pone de manifiesto las limitaciones que la soberanía nacional supone para la aplicación y control de tributos concebidos desde una óptica nacional, y fomenta el desplazamiento de estos factores hacia territorios con niveles impositivos reducidos o con legislaciones que favorecen la ocultación de las rentas.

Ello desencadena una competencia fiscal a la baja de los diferentes Estados, mediante la oferta de beneficios fiscales con la finalidad de evitar la fuga de capitales propios y atraer capitales de otros Estados. La falta de comunicación entre Administraciones fiscales de diferentes Estados, las facilidades que proporcionan los avances tecnológicos y la mencionada libertad de movimientos de capitales posibilitan el ejercicio de una planificación fiscal internacional amparándose en la opacidad. De este modo la creciente actividad económica internacional ha supuesto una creciente necesidad de información tributaria en las distintas Administraciones y un paralelo aumento del fraude fiscal, amparado este precisamente en las dificultades de obtención de información y en las facilidades (entre ellas el secreto bancario) que algunas jurisdicciones

siguen ofreciendo para la ocultación transacciones económicas y de la titularidad de bienes y rendimientos situados u obtenidos en las mismas. En este contexto, el intercambio internacional de información tributaria se configura como un instrumento esencial para posibilitar el gravamen de la renta mundial aplicando el principio de residencia, y facilitar la lucha contra el fraude fiscal, la competencia fiscal perniciosa y el blanqueo de capitales.

El estallido de la crisis financiera internacional en 2008, con el consiguiente aumento de las necesidades financieras de los Estados, hizo a estos más conscientes de las negativas consecuencias que suponen para las Haciendas nacionales la evasión y el fraude fiscal, lo que les llevó a redoblar sus esfuerzos para luchar contra estas prácticas perjudiciales. En estas circunstancias, la demanda de un mayor intercambio de información fiscal de carácter bilateral se convierte en demanda de intercambio automático de información en cada vez mayor medida de carácter multilateral, pasando esta cuestión a convertirse en uno de los temas centrales del debate político internacional. En este contexto se presenta como imprescindible para generar los recursos fiscales que precisan los distintos Estados la adaptación a este proceso de internacionalización superando las limitaciones que la soberanía nacional conlleva, recurriendo, a falta de un Derecho internacional tributario, al Derecho convencional en el ámbito de la asistencia mutua. A partir de 2013 se abre un nuevo frente en la lucha por la obtención de recursos fiscales con la aprobación por parte de la OCDE de un plan de lucha contra la erosión de las bases y la transferencia de beneficios (BEPS - Base Erosion and Profit Shifting).

El mantenimiento de la soberanía nacional impide la creación de una Administración fiscal internacional que afronte este nuevo reto, si bien existen instrumentos de cooperación entre Administraciones tributarias nacionales entre los que el intercambio de información tiene un papel destacado. El modelo tributario mayoritariamente vigente se basa en el cumplimiento voluntario de los contribuyentes y en el manejo de ingentes

cantidades de datos en los que se apoya la actividad de control. En este sentido el intercambio de información constituye una herramienta fundamental para la aplicación de los diversos regímenes fiscales vigentes en cada Estado al posibilitar el conocimiento de la existencia de rentas obtenidas en otros Estados y someterlas a imposición.

La OCDE es probablemente el organismo internacional de referencia en el ámbito de la fiscalidad internacional, constituyendo la lucha contra los paraísos fiscales su prioridad durante muchos años. A partir del año 2001 se produce un giro radical en el enfoque de los trabajos en esta materia por parte de la OCDE, que le llevó a suprimir el criterio de estanqueidad y a centrar la atención en el intercambio de información y la transparencia de los sistemas tributarios como factores decisivos en la identificación de los paraísos fiscales, pasando desde entonces todos sus trabajos en materia de lucha contra la competencia fiscal perjudicial a guardar una estrecha relación con el intercambio de información. Las últimas iniciativas de la OCDE en materia de intercambio de información suponen un cambio de orientación de este organismo, que deja atrás los tradicionales intentos de actuar sobre el Derecho tributario material, buscando su uniformidad, para centrarse en el objetivo de buscar esta misma uniformidad en el ámbito del Derecho tributario formal. De este modo se insta a los Estados miembros a que modifiquen su Derecho interno formal y material en el sentido de posibilitar la obtención e intercambio de determinada información (fundamentalmente en lo relativo al secreto bancario) y de agilizar y/o automatizar procedimientos limitando o anulando garantías del contribuyente.

La desregulación de los mercados financieros y el libre flujo de capitales a nivel mundial, junto al hecho de que la OCDE cambiara su enfoque acerca de lo que debía ser considerado paraíso fiscal dejando de ser relevante el nivel impositivo, incluso la inexistencia de imposición, para clasificar un territorio como paraíso fiscal, provocó la discusión en torno a la cooperación internacional en materia fiscal se centrara en el

intercambio de información fiscal entre los Estados y en el desmantelamiento de las leyes del secreto bancario, debido a las facilidades que proporcionan para la fuga y ocultación de capitales y rentas. Y es precisamente el secreto bancario, el deber de confidencialidad de los banqueros (*Bankgeheimnis*) que para los suizos constituye prácticamente una parte esencial de su identidad, lo que fundamenta el éxito de Suiza como uno de los principales centros financieros mundiales, y lo que provoca que se convierta en uno de los objetivos fundamentales de las presiones internacionales que tienen como fin conseguir su eliminación y la aceptación del nuevo estándar de intercambio de información.

En este contexto las “soft law” y las “backdoor rules” se pretenden configurar como nuevas fuentes del Derecho nacidas sin intervención de los Parlamentos nacionales que se encuentran en un nivel legalmente no obligatorio en el sentido de coercibilidad y sancionabilidad, pero que gozan de capacidad para influir en la conducta de los Estados y terminan convirtiéndose en legislación obligatoria para los mismos, como ocurre con el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE y sus Comentarios y las Recomendaciones GAFI. La presión internacional obliga a los Estados a reformar su ordenamiento jurídico siguiendo sus directrices ante la amenaza de sufrir represalias por parte de las organizaciones promotoras de estos instrumentos, y Suiza, como importante centro financiero, será uno de los objetivos de estas presiones. Esta “soft law” es elaborada por los representantes de las Administraciones de los Estados participantes en su elaboración, y el resultado es que no contemplan con la suficiente intensidad los derechos y garantías de los contribuyentes que habrán de verse afectados por los mismos.

Toda esta normativa se pone al servicio de la nueva economía global y de las necesidades financieras de los Estados, lo que pone de manifiesto la prevalencia de los mercados en la construcción del orden jurídico fiscal internacional. Bajo este prisma, el Derecho Financiero se contempla como

una herramienta para garantizar la libre circulación de capitales al tiempo que pretende subsanar los graves problemas de evasión fiscal que la globalización provoca con medidas que, en muchos casos, suponen la reducción de los derechos y garantías del contribuyente o el abandono de principios del Derecho tributario. Si la aplicación de estas normas puede afectar a la esfera de los derechos individuales de los contribuyentes, deberían quedar plasmados en las mismas los principios del Derecho financiero que garantizan el respeto a sus garantías. La globalización conlleva la progresiva reducción de la soberanía fiscal de los Estados por el transvase de los poderes de decisión hacia instancias externas al Estado, y su transformación en un poder tributario de carácter internacional que se ejerce a través de convenios internacionales de carácter bilateral o, cada vez más frecuentemente, multilateral.

Nos encontramos inmersos en una dinámica en la que la realidad sufre constantes y sucesivas modificaciones, en un contexto de cambios que simultanea lo antiguo y lo moderno y que sacude los cimientos tradicionales, creándose nuevas estructuras normativas adecuadas a esta nueva realidad que la globalización (y la crisis) imponen.

Es precisamente la actualidad de la cuestión del intercambio internacional de información lo que justifica el interés por abordar la investigación de su tratamiento jurídico en la práctica convencional y en la normativa suiza, prestando especial atención a las propuestas y modificaciones normativas más recientes y a su incidencia en la protección jurídica del contribuyente afectado por el intercambio de información entre Administraciones tributarias. La elección de Suiza como objeto de estudio se debe a que en este país se dan una serie de características que lo hacen idóneo para la investigación de los cambios sufridos en el intercambio internacional de información, sus causas y sus efectos; existencia tradicional de secreto bancario, una posición de liderazgo mundial en la gestión internacional de fondos privados, un sistema fiscal avanzado, con altos tipos impositivos y con nivel de fraude reducido, una tradición

histórica de defensa del derecho a la intimidad económica plasmada en su normativa y, por último, el reconocimiento explícito de las garantías del contribuyente en todo procedimiento de obtención e intercambio de información.

Así pues, esta investigación tiene como objetivo el análisis dogmático-jurídico del intercambio de información fiscal en el ámbito de la fiscalidad directa en un entorno de globalización y crisis, y cómo las nuevas fuentes del Derecho, mediante las presiones internacionales, acaban viéndose reflejadas en la normativa interna de Suiza, un país paradigmático en la defensa de los derechos y libertades individuales, con un Derecho interno basado en la protección del derecho a la intimidad que se encuentra profundamente arraigado en su sociedad y recogido en su Derecho positivo, y en el que la inviolabilidad de la vida privada y la privacidad económica (plasmada en su secreto bancario, aún vigente para sus ciudadanos) se configuran como un bien jurídico protegido.

Cuatro son las ideas que sustentan este trabajo de investigación:

1.- El intercambio de información se configura como un instrumento utilizado en gran medida como respuesta a la merma de recaudación fiscal y al aumento de gastos que conlleva la situación de crisis. Esta necesidad recaudatoria sólo puede verse satisfecha con la búsqueda de nuevas rentas que gravar. Frecuentemente, gracias al proceso de globalización, estas rentas se encuentran situadas en otros territorios fuera de la soberanía fiscal de los distintos Estados, por lo que el intercambio de información resulta indispensable para su conocimiento. El intercambio automático de información presenta dos ventajas al respecto:

- menores costes de gestión,
- hace innecesaria la existencia de indicios previos para iniciar su búsqueda.

2.- En la implantación de este enfoque no prima fundamentalmente la

lucha contra el fraude, sino otras motivaciones de orden político-económico que se ponen de manifiesto al observar cómo se abandonan otras líneas de actuación contra el mismo, en ocasiones con argumentos que podrían ser igualmente invocados para oponerse a los cambios promovidos por la OCDE en la última década.

3.- El Derecho financiero en particular, y el Derecho en general, no deben supeditarse a las necesidades o intereses económicos. Las modificaciones de normas fiscales sobre intercambio de información constituyen una solución alternativa a una armonización fiscal internacional inexistente. Estas modificaciones no son meramente procedimentales, sino que en muchos casos obligan a la modificación de los ordenamientos jurídicos tributarios. Por otro lado se aprueban normas nacionales, como la Ley FATCA en USA, que suponen un claro ejemplo de extraterritorialidad, cuya aceptación se impone a terceros mediante la amenaza de adopción de medidas sancionadoras.

4.- Los derechos de participación del contribuyente se han visto sacrificados en este proceso, pues se observa una clara supeditación de los mismos al objetivo de alcanzar la máxima rapidez y efectividad en el intercambio, con la finalidad última de asegurar la eficacia recaudatoria.

Como parte integrante del Derecho tributario formal el estudio del intercambio internacional de información debe enfocarse desde una óptica jurídica, pero teniendo presentes las vertientes política y económica de la cuestión. No se trata de seguir un método sintético de acceso científico a la investigación que abarque todos estos aspectos, sino de ofrecer una visión global y coherente de una materia controvertida que no se limite a los aspectos puramente formales y positivos. Los aspectos económicos y políticos no pueden ser obviados en el análisis jurídico del intercambio de información, por el contrario deben enriquecerlo sin confundirse la metodología propia de cada uno de ellos. En el análisis del intercambio internacional de información fiscal, y muy especialmente en el caso concreto suizo, también se hace necesario abordar el estudio de sus

orígenes, evolución, funcionamiento y fines que éste persigue, habida cuenta sus especiales condiciones de génesis y desarrollo y su cuestionamiento actual.

Por ello el enfoque metodológico de la investigación se ha realizado mediante el análisis desde cuatro vertientes que se encuentran interrelacionadas y que resultan determinantes para la comprensión integral del objeto de la investigación en tanto estos cuatro elementos no sólo se correlacionan, sino que constituyen una realidad sistémica:

- Los cambios económicos producidos (Dimensión Fáctica)
- La plasmación normativa de tales necesidades y conductas. (Dimensión normativa)
- La jurisprudencia y la doctrina, tanto nacional como internacional (Dimensión axiológica)
- La evolución histórica reciente de la materia (Dimensión histórica)

Partiendo del enfoque anterior, la actualidad del tema objeto de estudio y el hecho de que se trate de una materia que haya venido (y continúe) sufriendo constantes cambios condiciona la metodología, puesto que la doctrina y la jurisprudencia apenas se ha manifestado en muchas de las cuestiones que aquí se plantean, quedando preguntas sin respuesta, y aún más, preguntas sin plantear. Además del recurso a la jurisprudencia, bibliografía y prensa suizas, resulta obligado el recurso a comentarios sobre proyectos normativos y negociaciones en curso realizados por las Administraciones de las que emanan y de asociaciones bancarias suizas afectadas. Tomar el pulso de la realidad y la mentalidad suiza de la mano de sus banqueros y ciudadanos relacionados con el Derecho tributario se convierte también en un ejercicio obligado para abrir el camino a la comprensión del verdadero papel que el derecho a la intimidad juega en ese país y de lo que realmente supone para él la adaptación obligada al nuevo estándar de intercambio de información.

La investigación parte, desde una óptica analítica y dinámica, de un estudio descriptivo de los distintos instrumentos legales (Directivas

fundamentalmente) y convencionales (tanto bilaterales como multilaterales) que regulan el intercambio de información en el ámbito de fiscalidad directa y que configuran el marco jurídico contextual en el que éste se desarrolla, así como de distintas iniciativas que en el desarrollo de los acontecimientos han sido planteadas como solución particular por algún país concreto con mayor o menor éxito (FATCA y RUBIK). Este análisis se complementa con un análisis dinámico del Derecho interno suizo a fin de determinar su grado de integración en el nuevo estándar de intercambio de información, sirviendo el régimen español de intercambio como referencia para efectuar un análisis comparativo de la realidad jurídica en ambos Estados y contrastar las diferencias en el enfoque y el desarrollo del intercambio y, fundamentalmente, en el grado de tutela de los derechos y garantías del contribuyente afectados por el mismo.

El proceso investigador se realiza aplicando un método inductivo, descriptivo y analítico, partiendo de la realidad jurídica que configura las distintas situaciones jurídicas, jurisprudenciales y doctrinales vigentes a lo largo del periodo de investigación, pasando por su análisis estructurado para, finalmente, llegar a conclusiones concretas y particulares que cimienta la configuración actual y la tendencia futura del intercambio de información en un contexto de globalización y crisis económica. Dado que el objeto de la investigación ha sufrido cambios vertiginosos a lo largo del proceso, en ocasiones se sirve de procesos analógicos (para efectuar el estudio comparativo de semejanzas y diferencias entre diferentes modelos convencionales) y cronológicos (para el estudio de las diferentes etapas de desarrollo de la regulación jurídica y las tendencias del intercambio internacional de información fiscal). Todo ello conlleva un enfoque eminentemente dinámico de la investigación, que integre la evolución histórica de la materia en cada una de las manifestaciones normativas que se contemplan. De este modo se procede en primer lugar, como punto de partida para contextualizar el trabajo de investigación, al estudio del fundamento jurídico del intercambio de información y al papel que desempeña en tres frentes fundamentales; la lucha contra el fraude, contra

la competencia fiscal perniciosa y contra el blanqueo de capitales, así como las posturas de nuestro entorno (OCDE y UE) frente a las prácticas fiscales perjudiciales. La dimensión histórica del objeto de esta investigación, si bien siempre presente, resulta especialmente relevante en este primer capítulo. Posteriormente se procede a realizar un análisis de la situación del intercambio de información en el ámbito de la UE y la OCDE (y, como miembro de ambas, en España, que no reconoce la figura del secreto bancario y en el que el derecho a la intimidad económica tiene un carácter limitado y cede ante el deber superior de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas), que lideran las tendencias en materia de intercambio de información. A lo largo del desarrollo de este análisis se van poniendo de manifiesto las discrepancias y los puntos en común que presenta la posición Suiza en la materia respecto a la normativa comunitaria que le resulta aplicable (como el caso de la Directiva del Ahorro aplicable en Suiza tras la firma del Acuerdo sobre la fiscalidad del ahorro) y al estándar de la OCDE, así como el progresivo proceso de convergencia con ambas. Finalmente se procede al análisis particular de la normativa interna Suiza reguladora del intercambio de información y de las sucesivas y rápidas modificaciones que ésta ha sufrido a resultas de las exigencias y presiones internacionales (exigencia y presiones que han obligado a modificar normas de carácter mercantil y penal).

Su estructura viene determinada por el método seguido, dividiendo el cuerpo de la tesis en seis capítulos elaborados de modo que todos y cada uno de ellos tenga sentido propio independientemente del contenido del resto. El primero sirve al propósito de efectuar una revisión de los aspectos generales de la materia y su posicionamiento frente a los nuevos retos que la globalización plantea. El segundo capítulo se dedica a analizar el intercambio internacional de información en España en materia de fiscalidad directa, al análisis de la figura del secreto bancario y al del CDI Hispano-Suizo. El tercero analiza las múltiples iniciativas surgidas fruto de la nueva orientación del intercambio. El cuarto se refiere al análisis de los modelos convencionales más relevantes en nuestro entorno (destacando

el papel preeminente que la OCDE juega en su desarrollo), y al papel que en ellos juegan los derechos y garantías del contribuyente. El quinto capítulo se centra en el estudio de la Directiva 2003/48/CE como pionera en la implantación del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad directa y por su aplicación a Suiza mediante el Acuerdo de la fiscalidad del ahorro. Por último, el capítulo sexto analiza la regulación jurídica del intercambio de información en Suiza, su posición de partida respecto a la asistencia administrativa y judicial y el rápido y obligado proceso de adaptación al nuevo estándar internacional.

I LA FUNCIÓN LEGAL DEL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE INFORMACIÓN

Sumario

I.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y FUNCIONAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN I.2. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN I.3 INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE I.4 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y LA LUCHA CONTRA LA COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA I.5 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y EL BLANQUEO DE CAPITAL I.5.1 Concepto de blanqueo I.5.2 Intercambio de información y blanqueo de capitales I.5.3 LUCHA CONTRA EL BLANQUEO E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL EN ESPAÑA. I.6 POSTURAS EN NUESTRO ENTORNO FRENTE A LAS PRÁCTICAS FISCALES PERJUDICIALES I.6.1 LA POSICIÓN DE LA OCDE FRENTE A LOS PARAÍDOS FISCALES I.6.2 LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y LOS PARAÍDOS FISCALES I.6.3 LA POSICIÓN EUROPEA CONTRA LAS PRÁCTICAS FISCALES PERJUDICIALES.

I.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y FUNCIONAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

El intercambio de información constituye un elemento esencial de la cooperación internacional en materia fiscal en un contexto de economía globalizada, mediante el que los países mantienen su capacidad de exigir tributos sobre sus propias bases tributarias, uno de los elementos básicos de la soberanía nacional.

En un principio los Estados trataron de enfrentarse a esta situación reformando sus sistemas fiscales, pero esta solución pronto se mostró

insuficiente, poniéndose de manifiesto la necesidad de dotar a las Administraciones tributarias de nuevos medios para alcanzar la efectiva aplicación de sus sistemas tributarios. De este modo la cooperación internacional se convierte en un instrumento fundamental en la lucha de los Estados contra la evasión fiscal¹.

Existe cierto grado de imprecisión a la hora de delimitar el concepto de “intercambio de información”, así para ROSEMBUJ, la asistencia mutua sería el modo en que se articula el intercambio de información², mientras

¹ PITA GRANDAL, C., “El intercambio de informaciones tributarias como instrumento de contención de la competencia desleal a nivel internacional”, en CIAT, *Cooperación Internacional-Intercambio de Información*, Serie Temática Tributaria, año 2, núm. 3, 2009, pág. 6. Disponible en <http://www.ciat.org/index.php/es/productos-y-servicios/biblioteca/serie-tematica-tributaria-ciat/858-cooperacion-internacional-intercambio-de-informacion.html> (Última consulta 10 de septiembre de 2015).

² ROSEMBUJ, T., *Intercambio internacional de información tributaria*, Univ. de Barcelona, Barcelona, 2004, pág. 13.

Alude el autor a la posibilidad de realizar un intercambio de información de carácter unilateral “sin apelar a convenio o tratado, sobre la base del principio de competencia fiscal lesiva o reciprocidad de intereses” Vid. ROSEMBUJ, T.: *Intercambio internacional de información tributaria*, op. cit., pág. 28.

En este mismo sentido la consideración 7 de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas. señala: “La asistencia mutua debe consistir en que la autoridad requerida pueda proporcionar a la autoridad requirente la información que esta última precise para el cobro de los créditos nacidos en su propio Estado miembro, y notificar al deudor todos los documentos relativos a tales créditos que emanen de este último Estado miembro.....”.

La Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad también parece identificar ambos conceptos en sus consideraciones (1) y (2) :

” (1) En la era de la mundialización, la necesidad de los Estados miembros de asistencia mutua en el ámbito de la fiscalidad se hace cada vez más imperiosa. El

que para CALDERÓN CARRERO se trata, fundamentalmente, de un mero mecanismo que tiene como finalidad fundamental el control fiscal³. Para BUSTAMANTE ESQUIVIAS el intercambio de información formaría parte de un concepto más amplio; la asistencia mutua⁴, posición compartida por DELGADO PACHECO, quien define la asistencia mutua en materia tributaria como “aquella cooperación consistente en el intercambio de información o la realización de actuaciones administrativas conducentes hacia o que puedan favorecer una mejor liquidación o recaudación de aquellos tributos debidos a cualquiera de las administraciones implicadas”⁵.

enorme incremento de la movilidad de los sujetos pasivos, el número de transacciones transfronterizas y la internacionalización de los instrumentos financieros dificulta una estimación adecuada por parte de los Estados miembros de los impuestos adeudados. Esta creciente dificultad afecta al funcionamiento de los sistemas fiscales y lleva aparejada la doble imposición, fenómeno que incita a la evasión y al fraude fiscal, mientras las atribuciones de control siguen ejerciéndose a nivel nacional. Como consecuencia de ello se ve amenazado el funcionamiento del mercado interior.

(2) Así pues, sin contar con la información facilitada por otros Estados miembros, un Estado miembro, por sí solo, no puede gestionar el sistema tributario nacional. A fin de paliar los efectos negativos de este fenómeno, es indispensable impulsar una nueva cooperación administrativa entre las administraciones tributarias de los Estados miembros. Es preciso crear instrumentos que permitan”

³ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Intercambio de información y asistencia mutua», en CARMONA MÉNDEZ, N., CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., TRAPÉ VILADOMAT, M., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, edic. 2012, pág. 649.

⁴ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M. D., “Intercambio de información internacional”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.): *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3ª edic., IEF, Madrid, 2007, págs. 1212 y 1213.

⁵ Vid. DELGADO PACHECO, A., (1990): “La asistencia mutua entre Administraciones Tributarias”, *Impuestos*, tomo 1, La Ley, Madrid, 1990, págs. 162 a 188.

Para NOCETE CORREA y MERINO ESPINOSA se trataría de procedimientos claramente diferenciados, considerando necesario deslindar “los conceptos de intercambio de información (entendido como la acción de intercambiar datos con transcendencia tributaria) y de asistencia mutua (entendido como el procedimiento a través del que se articula dicho intercambio de datos como consecuencia de la cooperación entre Estados)”.

En el caso de España, el Capítulo II del Título III de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), que contiene las “Normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios”. Por mandato del Real Decreto-Ley 20/2011⁶ se añade al Título III un nuevo Capítulo, el Capítulo VI, que recoge las normas sobre asistencia mutua entre Estados en relación con la aplicación de los tributos⁷. En éste se definen como

⁶ Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (B.O.E. de 31 diciembre).

⁷ CAPÍTULO VI. Asistencia mutua

SECCIÓN 1. Introducción

Artículo 177 bis Actuaciones de asistencia mutua

SECCIÓN 2. Normas comunes

Artículo 177 ter Intercambio de información

Artículo 177 quáter Controles simultáneos

Artículo 177 quinquies Presencia en las actuaciones de asistencia y en controles simultáneos

Artículo 177 sexies Asistencia en la notificación

Artículo 177 septies Medios de comunicación

SECCIÓN 3. Asistencia en la recaudación

Artículo 177 octies Procedimiento de recaudación en el ámbito de la asistencia mutua

actuaciones de asistencia mutua las “tendientes al intercambio de información, a la recaudación de créditos tributarios o a otros fines previstos en la normativa reguladora de dicha asistencia”⁸. Esta asistencia participa de la naturaleza jurídica de las relaciones internacionales recogidas en el artículo 149.1.3º de la Constitución Española, lo que implica su exclusiva atribución competencial al Estado.

La modificación del apartado 1 del artículo 83 LGT, con efectos desde el 1 de enero de 2012, por la disposición final 1.uno.13 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, supone la inclusión de la asistencia administrativa dentro del procedimiento de aplicación de los tributos⁹. Ello

Artículo 177 nonies Instrumento de ejecución

Artículo 177 decies Motivos de oposición contra los instrumentos de ejecución

Artículo 177 undecies Motivos de oposición contra las diligencias de embargo y contra el resto de actuaciones derivadas de una solicitud de cobro recibida en el ámbito de la asistencia mutua

Artículo 177 duodecies Competencia para la revisión de las actuaciones recaudatorias

Artículo 177 terdecies Suspensión del procedimiento de recaudación

Artículo 177 quaterdecies Terminación de los procedimientos de recaudación tramitados al amparo de las normas de asistencia mutua

⁸ Art. 177 bis. 1 LGT: “La Administración tributaria podrá requerir y prestará asistencia mutua tendente al intercambio de información, a la recaudación de créditos o a otros fines previstos en la normativa reguladora de dicha asistencia.

⁹ “Artículo 83. Ámbito de la aplicación de los tributos.

1. La aplicación de los tributos comprende todas las actividades administrativas dirigidas a la información y asistencia a los obligados tributarios y a la gestión, inspección y recaudación, así como las actuaciones de los obligados en el ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

También se considera aplicación de los tributos el ejercicio de las actividades administrativas y de las actuaciones de los obligados a las que se refiere el párrafo

supone la aplicación a la asistencia mutua de todas las normas materiales y formales aplicables en los procedimientos de inspección, gestión y recaudación.

La Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, modificada por la DIRECTIVA 2014/107/UE del Consejo, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad recoge las disposiciones de la Unión Europea sobre intercambio de información en materia fiscal¹⁰ que deben prestarse entre sí los Estados miembros para hacer posible la aplicación de los tributos de cada uno de ellos. Además de estas normas europeas, existen también normas sobre intercambio de información en otros instrumentos internacionales, como los Convenios de Doble Imposición (CDI) o los Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria.

Podemos concluir que en el caso de la asistencia mutua estamos ante un procedimiento de aplicación de los tributos que comprende las actuaciones

anterior, que se realicen en el marco de la asistencia mutua.”

¹⁰ 1. La presente Directiva establece las normas y los procedimientos con arreglo a los cuales los Estados miembros cooperarán entre sí con vistas a intercambiar información que, previsiblemente, guarde relación con la administración y ejecución de las leyes nacionales de los Estados miembros en relación con los impuestos mencionados en el artículo 2.

2. La presente Directiva establece, asimismo, disposiciones para el intercambio de la información a que se refiere el apartado 1 por medios electrónicos, así como las normas y procedimientos con arreglo a los que los Estados miembros y la Comisión cooperarán en los asuntos relativos a la coordinación y la evaluación.

3. La presente Directiva no afectará a la aplicación en los Estados miembros de las normas relativas a la asistencia judicial en materia penal. También se entenderá sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros respecto a una cooperación administrativa más amplia que resulte de otros actos jurídicos, incluidos los acuerdos bilaterales o multilaterales.

de intercambio, colaboración, cooperación y otras análogas que un Estado preste, reciba o desarrolle conjuntamente con otros Estados o entidades internacionales o supranacionales¹¹.

Respecto a su funcionalidad, tradicionalmente se ha considerado que el intercambio de información cumple dos finalidades; posibilitar la comprobación del adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias de los obligados y para combatir la evasión y elusión fiscal, detectando posibles incumplimientos que sea preciso regularizar y/o sancionar por parte de la Administración¹².

Según NOCETE CORREA y MERINO ESPINOSA esta doble finalidad del intercambio de información puede concretarse en los siguientes aspectos:

- la correcta aplicación de los tributos y
- como instrumento de lucha contra actividades delictivas, perniciosas y hechos lesivos¹³

La correcta aplicación de los tributos constituye la función primordial del intercambio de información para autores como ROSEMBUJ, que resalta el vínculo entre el deber de contribuir y el intercambio de información al afirmar que “la función recaudatoria tributaria es

¹¹ En el caso de España se trata de una competencia atribuida en exclusiva a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

¹² OCDE, *Conceptos clave del Intercambio de Información y Cuestiones para los participantes*, México, septiembre de 2012. Disponible en http://webdms.ciat.org/action.php?kt_path_info=ktcore.actions.document.view&fDocumentId=7677

¹³ MERINO ESPINOSA, M. del P. y NOCETE CORREA, F. J., “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español”, Documentos IEF, núm. 6/2011, pág. 7-8.

inseparable del orden público constitucional. La opacidad ampara hechos susceptibles de vulnerar ilícitamente dicho orden”¹⁴. Esta opinión no es compartida por CALDERÓN CARRERO¹⁵, quien señala que con el intercambio de información lo que realmente se pretende es facilitar la lucha contra el fraude fiscal en el Estado requirente. ADONNINO¹⁶ destaca la enorme trascendencia del intercambio de información para conseguir la correcta aplicación de los tributos en los CDI’s, de forma que se garanticen simultáneamente la recaudación fiscal de los Estados y la protección de los derechos de los obligados tributarios.

En la segunda vertiente funcional, el intercambio de información supone un instrumento fundamental en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal y en la lucha contra actividades delictivas tales como el blanqueo de capitales, aspecto éste último en el que existen diversas iniciativas en marcha impulsadas por el actual G-8, el Comité Fiscal de la OCDE y el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante GAFI) dirigidas a ampliar la capacidad de los sistemas antiblanqueo y utilizarlos para combatir delitos fiscales, debido a la coincidencia de instrumentos y mecanismos de que ambos delitos se sirven¹⁷.

¹⁴ ROSEMBUJ, T.: Intercambio internacional..., op. cit., pág. 13.

¹⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M.: “El control del fraude fiscal internacional a través del intercambio de información”, Working Papers, núm. 44, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña, 2000, pág. 17.

¹⁶ ADONNINO, P., “Lo scambio di informazione fra amministrazioni finanziarie”, en UCKMAR, V. (Coord.) y otros: Corso di Diritto tributario internazionale, Cedam Padova, 2005, págs. 1127 y 1128.

¹⁷ BLUM, J. A., LEVI, M., NAYLOR, R. T. y WILLIAMS, P., “Financial Havens, Banking Secrecy and Money-Laundering”, *Serie Técnica del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas* (PNUFID) bajo los auspicios del Global Programme Against Money Laundering, doc. nº 8, UNITED NATIONS-Office for Drug Control and Crime Prevention (ODCCP), New York, 1998. Disponible en

Una tercera finalidad se puede añadir a las dos anteriores, la de que el intercambio de información puede actuar como garantía de los contribuyentes frente a un posible trato fiscal discriminatorio, garantizando un trato fiscal adecuado y el disfrute de posibles beneficios fiscales en Estados distintos al de su residencia¹⁸.

I.2 FUNDAMENTO JURÍDICO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Conocer el fundamento del intercambio internacional de información resulta fundamental para alcanzar a entender la verdadera relevancia del mismo, y de este modo, partiendo él, podremos llegar a entender de forma exacta tanto sus presupuestos como los límites en su aplicación por parte de los diferentes Estados, dotando de esta forma de legitimidad el intercambio internacional de información en el ámbito tributario.

La búsqueda del fundamento del intercambio de información en el ámbito internacional encuentra su justificación en el hecho de que una adecuada determinación del mismo aporta las claves para el entendimiento de los presupuestos y límites de este deber en orden a su cumplimiento por parte de los Estados

Los presupuestos del intercambio de información deben ser entendidos desde la funcionalidad específica asignada a dicho instrumento de colaboración, esto es, desde la consecución de los fines concretos pretendidos a través de la articulación del mismo. De este modo se puede

<https://www.imolin.org/imolin/finhaeng.html>.

¹⁸ Vid. MERINO ESPINOSA, M. P. y NOCETE CORREA, F. J.: “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses”, *Crónica Tributaria*, núm 139, 2011, págs. 140-141.

asegurar que “el objeto de la cooperación administrativa es el establecimiento y regulación de un deber que vincule a los Estados para que como resultado de la misma se consigan fines y funciones”¹⁹.

En busca de este fundamento y legitimación del intercambio internacional de información se han vertido diferentes opiniones y partido de diferentes ideas. La primera de dichas opiniones parte de entender el intercambio de información en el contexto de un mundo globalizado, donde el movimiento de personas, mercancías y capitales es cada vez mayor. Esta globalización tiene su influencia en el aspecto fiscal, pues conlleva la necesidad de articular instrumentos de control de las obligaciones tributarias de aquellos contribuyentes que realizan operaciones en el extranjero²⁰, siendo cierto, en este sentido, que “en la actual economía globalizada, el gravamen de la renta mundial combinado con la aplicación del principio de residencia, sólo es factible si hay un intercambio completo y eficiente entre las autoridades fiscales”²¹.

Así pues, esta postura, la más generalizada, parte del concepto de globalización, encontrando la justificación al intercambio de información en la cada vez mayor libertad de circulación de personas, mercancías y capitales lo que origina una dilución de las fronteras fiscales puesto que

¹⁹ CAYÓN GALIARDO, A., “Los sujetos pasivos y la cooperación administrativa internacional en la gestión tributaria”, en ALONSO GONZÁLEZ, L. M. y ALVAREZ BARBEITO, P. (aut.): *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 775.

²⁰ CAYÓN GALIARDO, A., “Los sujetos pasivos y la cooperación administrativa internacional en la gestión tributaria”, en ALONSO GONZÁLEZ, L. M. y ALVAREZ BARBEITO, P. (aut.): *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales, op. cit., pág. 773.

²¹ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., “Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (Impuestos directos e IVA)”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 23, 2002, Instituto de Estudios Fiscales, pág. 10.

cada vez con mayor frecuencia los sujetos realizan operaciones fuera del territorio de su país de residencia, con lo que resulta complicado controlar adecuadamente las mismas desde el punto de vista tributario. Esta finalidad de control es señalada por diversos autores, como CALDERÓN CARRERO²², CAYÓN GALIARDO²³ y BUSTAMANTE ESQUIVIAS²⁴, como el verdadero fundamento y razón de ser del intercambio internacional de información, y de esta forma la desaparición de las fronteras fiscales que supuso la entrada en vigor del Mercado Único condujo a los Estados miembros de la Unión Europea a adoptar medidas destinadas a reforzar la cooperación entre las Administraciones fiscales para luchar contra el posible incremento del fraude fiscal que pudiera acarrear la pérdida de información provocada por la desaparición de Aduanas²⁵. De este modo la desaparición de fronteras supuso un nuevo reto para las Administraciones fiscales comunitarias al que debieron responder

²² CALDERÓN CARRERO, J. .M., “El procedimiento de intercambio de información establecido en los convenios de doble imposición basados en el modelo de convenio de la OCDE” en SERRANO ANTÓN. *Fiscalidad Internacional*, 4ª edic., CEF, Madrid, 2010, págs. 1205-1344 y CALDERÓN CARRERO, J. M., “El intercambio de información entre Administraciones Tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa”, en SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F. (Dir.): *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

²³ CAYÓN GALIARDO, A., “Los sujetos pasivos y la cooperación administrativa internacional en la gestión tributaria”, en ALONSO GONZÁLEZ, L. M. y ALVAREZ BARBEITO, P. (aut.): *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, op.cit., pág. 773

²⁴ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, Mª D., “Fiscalidad internacional e intercambio de información”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 2001, pág. 487.

²⁵ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, Mª D., “Fiscalidad internacional e intercambio de información”, op. cit., pág. 504.

mediante el reforzamiento de la colaboración estableciendo sistemas de intercambio de información. Tras la introducción de la *major clause* en el MCOCDE de 1977, las sucesivas versiones de este modelo “no hicieron sino intensificar esta funcionalidad antifraude” en respuesta a la progresiva extensión de la globalización²⁶.

Quizás el mayor problema que se presenta a la hora de aplicar la colaboración internacional sea la ausencia de homogeneidad en su regulación que encuentra su reflejo también en las diversas interpretaciones que éstos merecen²⁷ y que podría responder tanto a la carencia de unos principios comunes en el ámbito de la imposición internacional como a las diferencias de legislación existentes entre los diversos Estados en orden a la regulación de los deberes de información tributaria a nivel internacional. No podemos perder de vista que el Derecho internacional tributario se encuentra integrado tanto por normas internacionales como internas en las que aparece algún elemento de extranjería²⁸ y que, de hecho, en el ámbito del intercambio internacional de información, muchas cuestiones encuentran regulación únicamente en la normativa interna de los distintos Estados.

Esta idea de intercambio de información se fue desarrollando

²⁶ CAPELLANO, L. M^a., El intercambio de información fiscal. El desafío de su funcionalidad hacia la transparencia fiscal, La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 22.

²⁷ Obsérvense las diferencias existentes entre el contenido de los Modelos de Convenio OCDE y ONU, y entre la normativa comunitaria y los Convenios de Doble Imposición, siendo significativa, en este sentido, la declaración contenida en el Preámbulo de la Directiva 77/779/CEE (reformada por la número 79/1070/CEE) señalando que “es conveniente, por tanto, intensificar la colaboración entre Administraciones fiscales en el interior de la Comunidad sobre la base de principios y normas comunes”.

²⁸ PALAO TABOADA, C., prólogo en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op.cit.

extendiéndose a un concepto más amplio que englobaba la cooperación en la recaudación y la liquidación de impuestos; el concepto de asistencia mutua²⁹.

Otra visión distinta del fundamento del intercambio de información lo observa como un simple instrumento para facilitar el cumplimiento de la obligación de contribuir, de modo que un país que presta asistencia a otro proporcionándole información con transcendencia fiscal lo que realmente está haciendo es facilitarse a si mismo el cumplimiento de la obligación de contribuir de sus ciudadanos puesto que implícitamente espera ser correspondido por aquel en forma de obtención de una futura colaboración³⁰.

Desde el punto de vista de los sujetos afectados por la realización de este deber, este posicionamiento ha llevado a entender a una parte de la doctrina que la colaboración de los contribuyentes en la realización del intercambio de información “no se fundamenta en la tutela del deber de contribuir a la Hacienda del Estado sino que, por el contrario, se está garantizando el control del fraude fiscal por el Estado requirente”³¹. Otros autores sin embargo no comparten este planteamiento, ya que entienden que la posibilidad de ceder datos a otras Administraciones tributarias se asienta “en el principio de colaboración y coordinación interadministrativa y en el eficaz cumplimiento del deber de contribuir consagrado en la

²⁹ DELGADO PACHECO, A., “La asistencia mutua entre Administraciones tributarias”, *Impuestos*, núm. 1, 1990, pág. 163.

³⁰ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a. D., “Fiscalidad internacional e intercambio de información”, op. cit., pág. 10.

³¹ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El intercambio de información entre Administraciones tributarias como mecanismo de control del fraude fiscal internacional”, op. cit., págs. 784-785.

Constitución”³².

Respecto a la disponibilidad de la información bancaria con fines fiscales la finalidad de su obtención en el ámbito comunitario difiere de la planteada en los ámbitos nacionales, ya que “mientras que en estos últimos se pretende garantizar la aplicación de la totalidad del sistema tributario, en el ámbito comunitario se persiguen dos objetivos diferenciados: la lucha contra el fraude fiscal en la tributación del ahorro y evitar la competencia fiscal perniciosa”³³

Esto no haría sino confirmar la ausencia de conciencia internacional acerca de la existencia de un interés fiscal que sobrepasa las fronteras de los diversos Estados, siendo la tendencia dominante la de entender el intercambio de información como un mecanismo al servicio de “la efectiva aplicación del sistema tributario del Estado de residencia de los contribuyentes”³⁴. La aceptación de la existencia de un interés fiscal internacional conduciría a que el deber de colaboración de los diversos obligados tributarios debiera ser entendido, no únicamente como un instrumento de la asistencia mutua, sino sobre todo como medio de alcanzar la efectividad del principio de igualdad en la tributación entre residentes y no residentes. Esta igualdad no debe entenderse como “paridad de régimen fiscal” para residentes y no residentes “sino simplemente que la imposición de unos y otros no sea empeorada por su

³² CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Medidas antielusión fiscal: medidas antiabuso en los CDIs”. en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op. cit., pág., 590.

³³ PITA GRANDAL, C. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “La información bancaria con fines fiscales en España (análisis de la cuestión a la luz de la normativa interna y comunitaria)”, *Quincena Fiscal*, nº. 1/2003., pág. 48.

³⁴ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones tributarias”, *Crónica Tributaria*, núm. 99, 2001, pág. 8.

estatuto de extranjero”³⁵. Esta es la idea que subyace en diversas Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que prohíben discriminar a un contribuyente negándole la aplicación de una ventaja fiscal o la aplicación de un determinado régimen jurídico basándose en la falta de información sobre su situación personal o sus actividades en otro Estado miembro³⁶.

³⁵ CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Medidas antielusión fiscal: medidas antiabuso en los CDIs”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op. cit., pág. 581.

Vid. LASARTE LÓPEZ, R., El intercambio de información y la asistencia mutua en la aplicación de los tributos. La doctrina del TJUE en los años 2003-2012, UDIMA, Madrid, 2014.

Entre las Sentencias relativas a la no discriminación entre residents y no residents pueden citarse las siguientes:

Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93.

Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1999, *Vestergaard*, C-55/1998

Sentencia del TJCE de 12 de junio de 2003, Gerritse, C-234/01.

Sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2004, Petri Manninen, C- 319/02.

Sentencia del TJCE 5 de julio de 2005 (Gran Sala), caso “D”, C-376/03.

Sentencia del TJCE de 19 de enero de 2006, Margareta Bouanich, C-265/04.

Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 2010, Établissements Rimbaud, S.A. contra Francia, C-72/09.

Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2011, Comisión Europea contra Portugal, 439/09.

Sentencia del TJCE de 18 de octubre de 2012, X NV contra Holanda, C-498/10.

³⁶ Vid. CALDERÓN CARRERO, J. M., “Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones tributarias”, op. cit., pág. 7.

En este sentido la STJUE de 27 de enero de 2009, caso Hein Persche, C-318/07, par. 55, señala: “antes de conceder una exención fiscal a un organismo establecido en otro

Desde este planteamiento, el fundamento del intercambio de información en el ámbito internacional, además de la lucha contra la evasión fiscal y la competencia fiscal perniciosa a que la misma da lugar como consecuencia derivada de la correcta aplicación de la normativa de los distintos Estados en base a la cooperación en materia de intercambio de información³⁷, supone un radical cambio de enfoque, ya que la función desempeñada por las actuaciones de intercambio de información en el ámbito internacional pasa de ser concebida exclusivamente como un instrumento al servicio del interés de los Estados a ser entendida como un

Estado miembro y cuya utilidad pública ha sido reconocida en él, un Estado miembro está autorizado a aplicar medidas que le permitan comprobar, de manera clara y precisa, si ese organismo reúne los requisitos establecidos en la legislación nacional para acogerse a la exención y a controlar su gestión efectiva sobre la base, por ejemplo, de la presentación de las cuentas anuales y de un informe de actividades. Los posibles inconvenientes administrativos que se derivan del hecho de que tales organismos estén establecidos en otro Estado miembro no son suficientes para justificar la negativa de las autoridades del Estado de que se trate a conceder a dichos organismos las mismas exenciones fiscales que a los organismos nacionales del mismo tipo.”.

La STJUE de 27 de septiembre de 2007, caso *Twoh International BV*, C-184/05, par. 65.: “corresponde a cada Estado miembro apreciar los casos específicos en los que falta información relativa a las transacciones efectuadas por los sujetos pasivos establecidos en su territorio y decidir si dichos casos requieren la presentación de una solicitud de información a otro Estado miembro”. La jurisprudencia comunitaria también refrenda este principio en diversas Sentencias como la STJCE (Sala Cuarta) de 11 de junio de 2009, caso *X* (C-155/08) y *E. H. A. Passenheim-van Schoot* (C-157/08) contra *Staatssecretaris van Financiën* (Asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08). Este mismo principio, y como justificación de cierta restricción en la prescripción, se recoge en la STJUE de 28 de octubre de 2010, caso *Établissement Rimbaud*, C-72/09 apartado 33, que se funda en la jurisprudencia de la Sentencia *Passenheim-van Schoot*, y en la STJUE de 15 de septiembre de 2011, caso *Alley*, C-132/10, apartado 31.

³⁷ ADONNINO, P., “Lo scambio di informazione fra amministrazioni finanziarie”, en UCKMAR, V. (Coord.) y otros: *Corso di Diritto tributario internazionale*, Cedam Padova, 2005, págs. 1165 y 1187.

mecanismo de garantía de la posición jurídica de los obligados tributarios³⁸, ya que “la detección y la lucha (contra el fraude) sólo tienen sentido si llevan a la justa percepción del impuesto”³⁹. Esta idea también se recoge en el Preámbulo de la Directiva del Consejo 77/779/CEE, de 12 de diciembre de 1977, relativa a la Asistencia Mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros.

Existen diversos instrumentos legales de carácter internacional a través de los que se regula el intercambio de información con fines tributarios:

a.- Los convenios bilaterales tributarios basados generalmente en el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Capital de la OCDE (MCOCDE) o el Modelo de Convenio sobre la Renta y el Capital de las Naciones Unidas (MCONU)⁴⁰. Se trata de modelos que, además del intercambio internacional de información, regulan otros aspectos tributarios.

b.- Instrumentos legales específicamente diseñados para la asistencia administrativa en materia fiscal. Entre ellos destacan los Acuerdos de intercambio de información fiscal basados, entre otros, en el Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información Fiscal de la OCDE, el Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria, el Modelo de Acuerdo del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) sobre

³⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones tributarias”, op. cit., pág. 7.

³⁹ GRAU RUIZ, M^a. A., “La asistencia mutua en materia de recaudación en la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, núm. 1, 2001, pág. 40

⁴⁰ ONU, *Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación en tre países desarrollados y países en desarrollo*. Revisión de 2011, Nueva York, 2013. Disponible en http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf

Intercambio de Informaciones⁴¹, el Convenio Nórdico sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal⁴² o el Modelo de Acuerdo sobre Cooperación y Asistencia Mutua en Materia de Cumplimiento de la Legislación, elaborado por la Federación Rusa.

c.- Los Convenios de asistencia judicial tales como el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia de Penal o el o el Convenio Interamericano de Asistencia en materias Penales.

d.- En el ámbito de la UE destacan la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, el Reglamento 1798/2003 del Consejo, de 7 de octubre, relativo a la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido y el Reglamento 2073/2004, del Consejo, de 16 de noviembre de 2004, regula la cooperación administrativa comunitaria en el ámbito de los impuestos especiales.

I.3 INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE

La disponibilidad de un adecuado nivel de información⁴³, se ha

⁴¹ CIAT, *Modelo de Acuerdo de Intercambio de Informaciones Tributarias*, Disponible en <http://www.ciat.org/index.php/es/productos-y-servicios/publicaciones/modelos.html>

⁴² *Nordic Mutual Assistance Convention*, 7 de diciembre de 1989; Disponible en <http://www.Nordisketax.net>

⁴³ Sobre la relevancia del intercambio de información en la lucha contra el fraude vid. MARTÍNEZ GINER, L.A. “Lucha contra el fraude fiscal, buena gobernanza e intercambio de información en la unión europea”, en GARCÍA PRATS, F. A., *Intercambio de informacion, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, IEF, Madrid, 2014, págs. 277-296.

convertido en la actualidad en un elemento realmente indispensable para las Administraciones tributarias para la realización de las dos principales tareas que tienen encomendadas:

a.-Verificar el correcto cumplimiento por parte de los obligados tributarios de las obligaciones que las normas tributarias establecen.

b.- Detectar posibles incumplimientos y las tomar las medidas oportunas para regularizar la situación de los obligados tributarios.

Esta doble finalidad se ve dificultada hoy día por el hecho de que, si bien hasta fechas no muy lejanas la mayoría de las relaciones económicas entre agentes económicos eran relaciones internas en las que la contrapartida era otro operador nacional y los bienes o servicios prestados, al igual que los medios financieros utilizados para pagar los mismos, se movían dentro de los circuitos y fronteras nacionales, en la actualidad un elevado porcentaje de las relaciones económicas se desarrollan en el ámbito internacional, ya sea por el origen o localización de los agentes económicos que intervienen, por el movimiento transfronterizo de los bienes o servicios que constituyen su objeto o, incluso, por los movimientos internacionales de medios de pagos que conllevan. Por ello "resulta ineludible que las diferentes Administraciones Tributarias vengán dotadas de medios para ser tan globales como los propios contribuyentes a los que debe controlar"⁴⁴.

Este cambio tiene como consecuencia inmediata que es probable que la información que pueda precisar una Administración Tributaria únicamente se halle en poder de ciudadanos o agentes económicos establecidos más

⁴⁴ CALDERÓN CARRERO, J. M., "El intercambio de información entre Administraciones Tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa", en SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F. (dir.) *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, op. cit.

allá de sus fronteras y, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de sus normas y del alcance de sus posibilidades de actuación. De este modo los procedimientos de asistencia mutua entre Administraciones de distintos países se convierten en la única posibilidad de acceso a los datos que precisan para llevar a cabo su labor, obligando a que sea otra Administración la que, de acuerdo con su propia normativa interna, obtenga la información y la ceda a la Administración demandante.

La extensión del fenómeno de la globalización con el consiguiente menoscabo de la soberanía estatal⁴⁵, la profundidad de la crisis económica y financiera de los últimos años, la mejora de las comunicaciones y el proceso de desregularización financiera ha conducido a que la colaboración entre Administraciones, en particular el intercambio de información, si bien se viene produciendo desde antiguo, adquiera hoy día una especial relevancia en las relaciones internacionales y se haya convertido en muchos casos en un aspecto determinante de las mismas alcanzando cotas hasta ahora desconocidas. Así se puso de manifiesto en el 67º Congreso Anual de la IFA celebrado en Dinamarca en 2013, en el que se destacó la efectividad del intercambio de información como medio de combatir la evasión fiscal⁴⁶. El intercambio de información entre distintas Administraciones tributarias supone la materialización del deber de colaboración existente entre las mismas, tanto en el ámbito interno⁴⁷ como

⁴⁵ ALTVATER, E. y MAHNKOPF, B., *Las limitaciones de la globalización. Economía, ecología y política de la globalización*, 1ª ed., Siglo XXI editores, México D. F., 2002, pág. 5 y GARCÍA NOVOA, C., “Derecho Tributario a las puertas del siglo XXI. Retos de futuro”, *Mundo Fiscal*, núm. 1, 2006, pág. 6.

⁴⁶ International Fiscal Association (IFA). Congreso celebrado en Copenhagen (Dinamarca) del 25 al 30 de agosto de 2013, relator CARBAJO VASCO, D., “Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities”.

⁴⁷ En relación con nuestro ordenamiento, ha señalado el Tribunal Constitucional que del deber de colaboración se deriva la obligación para las autoridades estatales y autonómicas de suministrar recíprocamente información y proporcionar

internacional. Una vez establecido lo anterior, el problema se plantea en establecer los presupuestos y límites del señalado deber de cooperación administrativa en materia tributaria.

A pesar de lo señalado sobre el fundamento teórico del intercambio de información, el análisis de la normativa referente al mismo parece conducir a la conclusión de que dicho instrumento de colaboración entendido como medio de lucha contra la evasión fiscal encuentra su presupuesto, en último término, en la valoración de la posibilidad de aportar datos similares y aptitud de reciprocidad por parte del Estado requirente de la información⁴⁸.

Es decir, aunque con carácter general se alude en los Convenios a la necesidad de la información para los fines de la gestión tributaria, lo que realmente determina la aportación o denegación de la información requerida por parte del Estado requerido no es la constatación de la trascendencia tributaria de los datos solicitados ni su necesidad para gestionar los tributos, sino la comprobación de las posibilidades de que el Estado requirente remita una información de similares características. Es decir que el principio de reciprocidad “opera como una especie de techo que limita el intercambio a las posibilidades que ofrece el Estado con menor capacidad de obtener información, en cada relación bilateral”⁴⁹ de

recíprocamente auxilio.

⁴⁸ Véase la Propuesta de la Comisión de la Comunidad Europea (DO C 270 E de 25.9.2001 pág. 87), contenida en el Reglamento (CE) n° 1798/2003 del Consejo, de 7 de octubre de 2003, relativo a la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 218/92, que recomienda el reconocimiento de igual consideración a las cesiones de datos entre países que a las que se realizan entre Administraciones del mismo Estado.

Disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2001_270_E_0087_01&from=ES

⁴⁹ GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, J., “Presente y futuro del intercambio de información

forma que el intercambio de información se sustenta en un principio de reciprocidad de facto, de modo que la actitud de colaboración de las autoridades fiscales en el suministro de información a otro Estado dependerá de las posibilidades de que el Estado receptor de la información sea a su vez capaz de suministrar informaciones de interés en la aplicación de sus propios impuestos⁵⁰. En este sentido se ha llegado a plantear por cierto sector doctrinal que el hecho de que la normativa española permita un amplio margen de capacidad a la Administración Tributaria para llevar a cabo actuaciones de colaboración e intercambio de información con terceros países, lo que facilita la atención de las peticiones que se reciben de terceros países, provoca que “en muchas ocasiones, es necesario hacer el esfuerzo de valorar la idoneidad de proporcionar datos que los países peticionarios no están en condiciones de proporcionar”⁵¹.

Esta circunstancia fue reconocida en el párrafo 18 del comentario del artículo 26 del Modelo de la OCDE en el que se expresa que si la estructura de los medios de información de los dos Estados contratantes son muy diferentes, las disposiciones de los apartados a) y b) del segundo párrafo del artículo 26 del Modelo sólo permitirán un intercambio muy limitado y tal vez nulo, de forma que “la información que por aplicación del artículo 26 del Modelo de la OCDE un Estado está obligado a otorgar al otro Estado contratante será la coincidente con las menores posibilidades, desde el punto de vista normativo y material, de los Estados involucrados en el intercambio de información”⁵². La propia Directiva

y la asistencia mutua en las relaciones fiscales internacionales”, *Crónica Tributaria*, núm. 71, 1994, pág. 65.

⁵⁰ CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Medidas antielusión fiscal: medidas antiabuso en los CDIs” en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op. cit., págs. 588-589

⁵¹ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M.D., “Fiscalidad internacional e intercambio de información”, op. cit., pág. 510

⁵² PITA, C., “Intercambio de información y Administración tributaria”, *Revista*

2011/16 fija como límite al intercambio de información la posibilidad de que el Estado requerido rehúse el suministro de información en el caso de que por motivos legales el Estado requirente no pueda ofrecer una información equivalente⁵³.

De hecho, resulta llamativo que en el ámbito internacional, las normas utilicen, precisamente, la expresión “intercambio de información” en lugar, por ejemplo, de suministro de información tributaria, y que en la práctica haya Estados que exigen tal nivel de reciprocidad que obstaculicen los intercambios de información, recomendando el Comité Fiscal de la OCDE a los Estados miembros que “no exijan tal condicionante o que tan sólo requieran una reciprocidad de mínimos”.

Esta circunstancia, además de ser “contraria al principio de solidaridad que debería primar en la asistencia administrativa, especialmente cuando se trate de convenios entre países con notorias diferencias de desarrollo”⁵⁴, plantea un problema añadido; la de determinar que debe entenderse por información equivalente o de similares características. Esta forma de operar en la colaboración entre Estados no concuerda para algunos autores con el sentido que debería darse al principio de colaboración internacional entre Administraciones, que debería entenderse con la finalidad última establecer una única Administración funcionalmente hablando⁵⁵, de modo que lo que legitima que cualquier Administración tributaria tenga acceso a la información recabada para la aplicación de los tributos o pueda requerir información en el ejercicio de sus funciones es, precisamente, la

Iberoamericana de Derecho Tributario, núm. 6, 1997, págs. 581-582

⁵³ Artículo 17.3 Directiva 2011/16/UE

⁵⁴ Vid. PITA GRANDAL, C., “Intercambio de información y Administración tributaria”, op. cit., pág. 603.

⁵⁵ DELGADO PACHECO, A., “La asistencia mutua entre Administraciones tributarias”, op. cit., pág. 163.

trascendencia tributaria de la misma⁵⁶ ya que “las funciones administrativas que se ponen en acción a consecuencia de la cooperación internacional tienen que ser las ordinarias y adecuadas para la correcta gestión tributaria”⁵⁷.

Este planteamiento debería conducir a plantear la celebración de convenios específicos sobre intercambio de información y no simples cláusulas en los convenios de doble imposición que permitan afrontar de manera eficiente “las diferencias en términos de legislación, prácticas administrativas y posibilidades materiales de intercambiar información”, ya que resulta probado que “las diferencias existentes entre las partes contratantes en términos de sistemas de información disponibles y de concepción y alcance del secreto fiscal, son difíciles de resolver a través de una simple cláusula”⁵⁸.

Se trata pues de superar en el ámbito de la colaboración internacional “la inercia de otorgar mayor prioridad a los expedientes internos que a las solicitudes de información y asistencia de otros Estados miembros”⁵⁹ lo

⁵⁶ El artículo 113.1.b) LGT establece, como una de las excepciones al carácter reservado de los datos en poder de la Administración tributaria, “la colaboración con otras Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias”.

⁵⁷ CAYÓN GALIARDO, A., “Los sujetos pasivos y la cooperación administrativa internacional en la gestión tributaria”, en ALONSO GONZÁLEZ, L. M. y ALVAREZ BARBEITO, P. (aut.): *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales, op.cit, pág. 782.

⁵⁸ Cfr. PITA GRANDAL, C., “Intercambio de información y Administración tributaria” e “Intercambio de información entre las Administraciones tributarias”, en *Acciones contra el abuso y defraudación fiscales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1994, págs. 597 y 309 respectivamente.

⁵⁹ Vid. PÉREZ RODILLA, G., “La colaboración de las Administraciones fiscales en el ámbito de la Unión Europea en la lucha contra el fraude fiscal”, en CORDÓN EZQUERRO,

que debería dotar de un nuevo significado al principio de reciprocidad en el ámbito de los intercambios internacionales de información, que debería estar regido por los principios de buena fe y confianza mutua⁶⁰.

En conclusión, el intercambio de información en el ámbito de la lucha contra el fraude debe ser considerado, dado que las distintas Administraciones tributarias no son compartimentos estancos, como una obligación por parte de las mismas de suministrar cualquier información útil y necesaria para el desarrollo de la gestión de los tributos encomendada a otras administraciones⁶¹.

En aras a racionalizar el intercambio internacional de información, además de estar fundamentado en la idea de transcendencia tributaria de la información solicitada, debe apoyarse en principio de proporcionalidad⁶² de modo que sirva de salvaguarda de la posición jurídica del sujeto afectado por dichas actuaciones, y que ha sido reconocido (a pesar de no figurar en los Convenios y Tratados internacionales) por el TJCE como “principio común del procedimiento administrativo, con su consiguiente aplicabilidad a los procedimientos del derecho derivado sin distinción en

T. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. I, 3ª edición, pág. 562.

⁶⁰ Vid. BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M.D., “Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (Impuestos directos e IVA)”, op. cit., pág. 9.

⁶¹ Vid. RAMALLO MASSANET, J., “Las relaciones interadministrativas en la aplicación de los tributos”, *Documentación Administrativa*, núm. 240, 1995, pág. 170, quien ha señalado que “las administraciones públicas por muy atribuida que tengan una competencia, no son compartimentos estancos y, en consecuencia, siempre podrán dar entrada en el ejercicio de sus funciones a la posibilidad o la obligación de proporcionar elementos útiles o necesarios para el desarrollo de las funciones de otro ente”.

⁶² Principio que guarda conexión con el de subsidiariedad y que, tal como recogen los Modelos de Convenio OCDE y ONU, imponen al Estado requirente de la información la necesidad, con carácter general, de agotar sus propios instrumentos de investigación antes de comunicar el requerimiento de información al otro Estado.

el ámbito tributario”⁶³.

I.4 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y LA LUCHA CONTRA LA COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA

La OCDE ha mostrado a lo largo de su existencia una especial preocupación por fomentar y mejorar la cooperación entre los diferentes Estados, destacando entre sus trabajos aquellos que tienen por objeto atajar las actuaciones constitutivas de la denominada "competencia fiscal perniciosa". Para comprender las razones por las que en la lucha contra la misma resulta de la máxima importancia el intercambio internacional de información hemos de partir previamente de acotar qué se debe entender por "competencia fiscal perniciosa". De modo muy resumido podemos describir la competencia fiscal perniciosa como aquella que se produce cuando: "con el fin de atraer capitales o bases imponibles, se utiliza el elemento fiscal como ventaja comparativa, ofreciendo tasas de gravamen reducidas y opacidad informativa"⁶⁴.

La evidente relación entre la opacidad informativa que resulta de una falta de efectivo intercambio de información y la competencia fiscal perniciosa es lo que ha determinado que el logro de un nivel suficiente de intercambio se haya convertido en uno de los objetivos fundamentales de la OCDE en los últimos años, a alcanzar a lo largo de las diferentes

⁶³ DI PIETRO, A., "El futuro tributario de la Unión Europea: del mercado al ordenamiento jurídico, de las libertades económicas al principio de la imposición", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 116, 2002, pág. 578.

⁶⁴ VALLEJO CHAMORRO, J. M., "La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea", *Nuevas tendencias en la economía y fiscalidad internacional*, Información Comercial Española (ICE), núm. 825, 2005, pág. 148.

etapas⁶⁵. En el Informe denominado "Competencia Fiscal Perjudicial: Una cuestión global emergente" publicado en 1998 se establecieron los criterios que habrían de concurrir para identificar una jurisdicción como paraíso fiscal, concluyendo que se consideraría una jurisdicción como tal cuando concurrieran, al menos, el primero y además alguno de los demás criterios, de los enumerados a continuación:

1. Nivel de imposición bajo o nulo.
2. Falta de intercambio de información efectiva.
3. Falta de transparencia en lo que se refiere a una falta de conocimiento del funcionamiento de las disposiciones legales, administrativas o legislativas.
4. Falta de actividad sustancial

En un momento posterior (Informe de junio de 2001), y en base a las líneas de trabajo a seguir con las ya consideradas como "jurisdicciones cooperativas" que se fijaron en el Informe de 2000, se abordó con más detalle el alcance que deberían tener los compromisos sobre transparencia e intercambio de información. En relación a este segundo aspecto, se llegó a establecer la necesidad de:

- Garantizar la entrega de información relevante en relación a los requerimientos recibidos;
- garantizar la confidencialidad de la información facilitada, y
- evitar la aplicación del principio de doble incriminación en los requerimientos de información en el contexto de expedientes penales, y del principio de interés doméstico en los requerimientos de información en el

⁶⁵ VALLEJO CHAMORRO, J. M., "La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea", op. cit., pág. 160.

contexto de expedientes civiles.

Tras la elaboración de las listas de jurisdicciones cooperativas y no cooperativas, el siguiente paso de la estrategia contra la competencia fiscal perniciosa se concretó en la implementación de medidas concretas para la eliminación de los aspectos negativos derivados de la falta de transparencia y de efectivo intercambio, para lo cual se consideró conveniente, para ayudar a las partes en sus negociaciones concretas sobre esta materia, la creación en septiembre de 2000 de un Grupo de Trabajo sobre intercambio efectivo de información formado por representantes de 24 Estados o territorios. Éste tuvo como cometido inicial la elaboración de una propuesta para un "Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en materia fiscal".

Posteriormente, a raíz la situación de bloqueo originada en las relaciones con los paraísos fiscales, se fijaron tres fases o ámbitos de actuación, dentro de cada una de las cuales se identificaron objetivos concretos, de nuevo, estrechamente relacionados con el intercambio de información. La primera fase correspondía a la definición y alcance de objetivos de carácter "individual", con la que se pretendía fundamentalmente que en cada jurisdicción se realizaran los cambios necesarios a nivel de legislación interna para garantizar el intercambio de información y la transparencia en su práctica administrativa. En una segunda fase, con objetivos de carácter "bilateral", aparecían las recomendaciones orientadas a la negociación de Acuerdos concretos de Intercambio que, según se estableció, deberían entrar en vigor antes de 2006. La tercera y última fase se corresponde con el ámbito "multilateral", y en ella se acordó analizar de forma exhaustiva y mediante un cuestionario elaborado al efecto, los niveles de transparencia e intercambio de información existentes en 81 países y jurisdicciones, y ello para decidir si podía considerarse alcanzado el denominado "level playing field"⁶⁶. Las

⁶⁶ SPENCER, D. y SHARMAN, J. C., "OECD proposals on Harmful tax practices: a status

respuestas al cuestionario se presentaron en la reunión del Foro Global de Melbourne (noviembre de 2005)⁶⁷, donde se concluyó que las discusiones habían demostrado que se habían realizado considerables progresos para la puesta en marcha de las reglas de juego equitativo, si bien fueron identificados una serie de aspectos donde quedaban cuestiones de progreso pendientes por lo que, pese a los logros alcanzados, la tarea encomendada no podría darse por terminada.

En la siguiente reunión del Foro, que tuvo lugar en Seúl en septiembre de 2006, nuevamente se llega de forma expresa a concluir la necesidad de que todas las posibles medidas que se diseñen e implanten para luchar contra los incumplimientos, han de verse efectivamente reforzadas por medidas de cooperación internacional sin las cuales aquellas resultarían inoperantes.

Como muestra de la importancia dada por la OCDE a la cuestión del papel del intercambio internacional de información en la competencia fiscal perniciosa se estableció expresamente como una prioridad para los trabajos futuros del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE el trabajar permanente en los diversos ámbitos relacionados con la mejora de la cooperación internacional⁶⁸. De esta forma, el intercambio de información está llamado a constituir el principal soporte para la pervivencia del

report (part I)", *Journal of International Taxation*, nº 17, octubre 2006, pág. 28; CARPIZO BERGARECHE, J. y SANTAELLA VALLEJO, M., "De los paraísos fiscales y la competencia fiscal perjudicial al Global level playing field. La evolución de los trabajos de la OCDE", *Cuadernos de formación*, IEF, vol. 3/ 2007, pág. 36.

⁶⁷ Su objeto o finalidad era teóricamente de una mayor amplitud en la medida que tenía por objeto "compartir el Conocimiento de los Avances y Reformas en las Administraciones Tributarias y los Retos que representan el Incumplimiento de las Normas Tributarias Nacionales en el contexto Internacional",

⁶⁸ OCDE, *Declaración de Seúl*, 14-15 de septiembre, Corea, 2006. Disponible en <http://www.oecd.org/korea/37417459.pdf>

modelo impositivo tradicional de los Estados miembros de la OCDE en un contexto de globalización económica y competencia fiscal⁶⁹. Su eficacia depende que los Estados puedan seguir recaudando los impuestos que les venían permitiendo establecer un determinado nivel de servicios públicos y de bienestar⁷⁰ y de que los contribuyentes confíen en la justicia del sistema fiscal, ya que de asentarse la idea en éstos de que existe un buen número de personas que escapan al pago de impuestos mediante la deslocalización de sus rentas más allá de las fronteras nacionales supondría tal merma de confianza que el “cumplimiento voluntario” de las obligaciones tributarias sobre el que pivotan los modernos modelos impositivos se vería amenazado.

El Informe OCDE 2000 sobre acceso a la información bancaria con fines tributarios, se orientaba en la misma dirección⁷¹, si bien sus destinatarios principales eran los propios Estados miembros de la OCDE y trata de poner de relieve los obstáculos que reducen la eficacia del intercambio de información con la intención de mejorar su funcionamiento, especialmente en relación con el control de los rendimientos del capital mobiliario transfronterizos⁷². Esta idea sigue

⁶⁹ OWENS, J., “Taxation in a Global Environment”, *OECD Observer*, artículo de 1 de marzo de 2002. Disponible en:

http://www.oecdobserver.org/news/archivestory.php/aid/650/Taxation_in_a_global_environment.html. (último acceso 3 de junio de 2014).

⁷⁰ PEREZ NAVARRO, L., “Overcoming fiscal borders in the global economy”, *OECD Observer*, artículo de 1 de enero de 1999, pág. 5.

⁷¹ Véase el párrafo 63 del Informe OCDE, *Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios*, OECD, París, 2000, que señala “la falta de acceso a la información bancaria con fines tributarios puede contribuir a la distorsión de flujos financieros y de patrimonio derivados de una competencia fiscal perjudicial”.

⁷² Vid. CALDERON CARRERO, J. M., “Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones tributarias”, *Crónica Tributaria*, nº 99, 2001.

vigente en los sucesivos Informes de Progreso de 2003 y 2007.

I.5 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y EL BLANQUEO DE CAPITALS

I.5.1 CONCEPTO DE BLANQUEO

En un sentido amplio podemos incluir dentro del concepto de blanqueo de capitales todo proceso tendente a la legitimación de los bienes de origen ilegal, incluyendo aquellos originados al margen de la legalidad tributaria. Con términos simples se podría definir el blanqueo de capitales como aquella actividad o conducta desplegada por un sujeto destinada a ocultar o simular el origen ilícito de rentas o de bienes, o incluso la utilización de éstos cuando son fruto de actos delictivos. La actividad de blanqueo conlleva la realización de acciones tendentes a la ocultación del origen ilegal de los fondos, junto a otras cuya finalidad es la de cubrirlos con un velo de legitimidad para poder disfrutar de los mismos.

Diversos autores han tratado de definir este delito, destacando las aportaciones de DÍEZ RIPOLLÉS que afirma que consiste en “los diversos procedimientos por los que se aspira a introducir en el tráfico económico-financiero legal los cuantiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades delictivas especialmente lucrativas, posibilitando así un disfrute de aquellos jurídicamente incuestionado”⁷³. Otros autores han realizado su aportación, como SAINT-DENIS, que señala al respecto que “...Definido simplemente, el lavado de

⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: la recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español” en “El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 1, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Febrero de 1994, pág. 186.

dinero es el proceso mediante el cual el producto de actos ilegales es convertido en activos que aparecen como legítimos, ocultando así su origen criminal..."⁷⁴, CÁRDENAS que señala que estamos frente al proceso de disfrazar ingresos ilícitos como legítimos⁷⁵, y BLANCO CORDERO, que afirma que "es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita."⁷⁶

Destaca el hecho de que todas las definiciones expuestas tienen en común dos elementos, el ocultamiento del origen delictivo de las rentas o bienes y la existencia de acciones encaminadas a dar apariencia de legalidad a éstos para conseguir su libre disfrute. Sin embargo, hay que precisar que los fondos no se blanquean para eludir las obligaciones fiscales, más bien al contrario, en muchos casos los fondos buscan blanquearse tras la apariencia de legalidad del cumplimiento tributario⁷⁷.

⁷⁴ SAINT DENIS, P., "Medidas recientes adoptadas en Canadá y a nivel internacional para combatir el lavado de dinero", en *Medidas efectivas para combatir delitos de drogas y mejorar la Administración de Justicia penal*, IV Seminario regional celebrado del 15 al 27 de julio en S. José de Costa Rica, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), San José de Costa Rica, 1991, pág. 2.

⁷⁵ HERNÁN CÁRDENAS, J., *The anti-money laundering effort: some elements for analysis*, Latin American and Caribbean Region Division of The World Bank, Mimeo, Washington, 1995, pág. 1 (en edición digital). Disponible en: <http://www.slideshare.net/cardenasjhc/the-anti-money-laundering-effort-some-elements-for-analysis>

⁷⁶ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª edic., Edit. Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 101.

⁷⁷ Vid. voz "blanquear" en el Diccionario de la Lengua Española: "Ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables". Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=blanquear>.

Con la globalización esta figura ha ido cambiando, caracterizándose actualmente por ser un fenómeno de carácter global cada vez más profesionalizado y desarrollado a través de complejas organizaciones y técnicas. Debe señalarse, para precisar el concepto, que al hablar de blanqueo tiende a relacionárselo con bienes procedentes del narcotráfico, del tráfico de armas o de la trata de blancas, y sin embargo otras actividades, como el tráfico de obras de arte, la actividad inmobiliaria, la evasión de impuestos a gran escala y otras, generan rentas y bienes que necesitan ser blanqueados.

En lo que a España respecta la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo establece en su artículo 1.2 una enumeración de actividades que se considerarán blanqueo de capitales⁷⁸:

“A los efectos de la presente Ley, se considerarán blanqueo de capitales las siguientes actividades:

a) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

b) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes

⁷⁸ Tras varios cambios durante el procedimiento de elaboración. El anteproyecto establecía: “A los efectos de la presente ley, se considerarán blanqueo de capitales las conductas tipificadas en los artículos 301 a 304 del Código Penal.” Sin embargo, finalmente la norma mantuvo su definición directa.

proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.

c) *La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.*

d) *La participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.*

Existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes.

A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes se hubieran desarrollado en el territorio de otro Estado.”

Entre lo que debe entenderse como bienes procedentes de una actividad delictiva la Ley incluye “la cuota defraudada en el caso de los delitos

contra la Hacienda Pública”⁷⁹. De este modo, se pone fin a las dudas planteadas por diversas interpretaciones doctrinales que entienden que no procede considerar al delito fiscal como subyacente al de blanqueo de capitales, interpretación rechazada en diversas ocasiones por el Ministerio de Hacienda.

I.5.2 INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y BLANQUEO DE CAPITALES

En la actualidad se encuentran en marcha diversas iniciativas impulsadas por el actual G-8, el Comité Fiscal de la OCDE y el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante GAFI) dirigidas a ampliar la capacidad de los sistemas antiblanqueo y utilizarlos para combatir delitos fiscales. La razón de esta confluencia de actuaciones se debe a la constatación por parte de las autoridades de que el gran fraude fiscal se sirve de los mismos instrumentos y mecanismos que el blanqueo de capitales⁸⁰, y a la constatación del éxito que ha tenido la implantación de los mecanismos de lucha contra el blanqueo en la flexibilización del secreto bancario en diversos países. Entre estas medidas cabe destacar:

- La supresión de las excusas y lagunas fiscales⁸¹ en las obligaciones de información sobre terceros que afectan a determinados colectivos (banqueros, abogados, notarios,...). Estos colectivos estarán obligados a comunicar cualquier operación sospechosa de blanqueo, aunque pueda sospecharse que se trate de un ilícito de naturaleza fiscal.

⁷⁹ La polémica sobre este aspecto acompañó a la Ley hasta el último momento, llegando a plantearse una enmienda al respecto solicitando su eliminación.

⁸⁰ BLUM, J. A., LEVI, M., NAYLOR, R. T. y WILLIAMS, P., “Financial Havens, Banking Secrecy and Money-Laundering”, op. cit. Disponible en <https://www.imolin.org/imolin/finhaeng.html>.

⁸¹ Tax excuse y tax loophole.

- Facilitar que las autoridades fiscales, nacionales y extranjeras, tengan acceso a la información obtenida por las autoridades antiblanqueo.⁸²

- Modificación por parte del GAFI de sus recomendaciones antiblanqueo con el fin de habilitarlas para su uso en la lucha contra el fraude fiscal de gran nivel.

- Ampliación (y recomendación a los países de aplicarlo en su normativa) de las actuaciones ilícitas que abarca el delito de blanqueo, que se extiende no solo a los delitos relacionados con narcotráfico, tráfico de armas y delincuencia organizada, sino a cualquier delito considerado grave, entre los que se encuentran los delitos contra la Hacienda pública⁸³.

⁸² Con carácter excepcional se permite por el art.6 de la Directiva 91/308 de prevención del blanqueo de capitales

⁸³ Recomendación nº 4 del GAFI en su redacción de 1996:

“Cada país debería tomar las medidas necesarias, entre ellas las legislativas, para poder tipificar como delito el blanqueo de capitales tal y como se prevé en la Convención de Viena. Cada país debería ampliar el delito de blanqueo de capitales procedente del tráfico de estupefacientes al blanqueo de capitales procedentes de delitos graves. Cada país determinaría qué delitos graves deben ser considerados como delitos subyacentes al blanqueo de capitales.”

La nota interpretativa de la Recomendación nº 4 señala:

“Los países deberían considerar la introducción de un delito de blanqueo de capitales basado en todas las infracciones graves y/o en aquellas que producen una cantidad importante de dinero.”

Actualmente se recoge en la Recomendación nº 3 de las Recomendaciones GAFI de febrero de 2012:

“Los países deben tipificar como delito el blanqueo de dinero sobre la base de la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de blanqueo de capitales a todos los delitos graves, con el fin de incluir la más amplia gama de delitos.”

- Ampliación de los casos en que resulta exigible la identificación de los clientes de las entidades financieras, haciendo especial hincapié en la obligación de las mismas de identificar en todo caso al beneficiario efectivo de las operaciones, incluso si se trata de personas jurídicas.

Respecto al reforzamiento del intercambio de información, numerosos países han procedido a modificar su legislación a fin de facilitar la utilización por parte de las autoridades fiscales de la información obrante en poder de las autoridades implicadas en la lucha antiblanqueo, aunque con notables diferencias entre países en el nivel de acceso permitido⁸⁴. Así

Esta ampliación de la delimitación del concepto de blanqueo fue recogida por la Directiva 2001/97/CE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, que modifica el art. 1 de la Directiva 91/308/CEE del siguiente tenor:

“....E) “Actividad delictiva”: cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave.

Se considerarán delitos graves, como mínimo, los siguientes:

- cualquiera de los delitos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Convención de Viena,
- las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el artículo 1 de la Acción común 98/733/JAI,
- el fraude según se define en el apartado 1 del artículo 1 y el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves,
- la corrupción,
- los delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el Derecho penal del Estado miembro....”

⁸⁴ El Informe de Evaluación Mutua sobre Medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo de diciembre de 2014 relativo a España resume las medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo existentes en España en la fechas en que se realizó la evaluación (del 21 de abril a 7 de mayo de 2014), y analiza el nivel de cumplimiento de las 40 Recomendaciones del GAFI

existen países en los que las autoridades fiscales tienen pleno acceso a los datos de las autoridades encargadas de la lucha antiblanqueo, como sucede en USA, otros países que únicamente permiten el acceso a la información previo requerimiento (caso de España⁸⁵), y otros países en que se precisa el requerimiento judicial (caso de Japón).

Aunque la tendencia general es la ampliación de los intercambios de información y la mejora de los canales de intercambio, se plantea la duda de si las limitaciones se centrarán en el uso que se pueda dar a la información obtenida, de forma que se limite su utilización a los delitos o se permitiría su uso para cualquier finalidad tributaria. Por el momento las reformas operadas van en el sentido de limitar la utilización de la información obtenida en la lucha antiblanqueo para la lucha contra los delitos fiscales o, dependiendo de la legislación aplicada, los fraudes fiscales graves.

Estas actuaciones de colaboración en el ámbito de la fiscalidad han tenido más éxito en aquellos países que han adoptado la recomendación del GAFI, en el sentido de considerar los delitos graves incluidos en el sustantivo “blanqueo de dinero”, y además han considerado graves los delitos de tipo fiscal. De esta forma se consigue que los intermediarios financieros, y otros agentes, se vean obligados a comunicar a las autoridades antiblanqueo cualquier operación susceptible de ser constitutiva de delito o fraude fiscal grave, y éstas, a su vez, deben comunicarlo a las autoridades fiscales competentes. Todo ello, indirectamente, supone una relajación en la aplicación del secreto bancario.

y el nivel de eficacia del sistema español.

⁸⁵ Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales. El art. 37 permite su remisión a otros Estados y a la Comisión Europea. El art. 49 se refiere al intercambio de información con la Administración Tributaria.

Curiosamente al amparo de la normativa antiblanqueo desarrollada en los últimos años se ha visto beneficiada la lucha contra la evasión fiscal, puesto que ha permitido alcanzar aquello que las Administraciones tributarias no habían conseguido en décadas, a saber: tener acceso a información sobre el beneficiario efectivo de entidades y de cuentas bancarias en el marco de operaciones sospechosas de conducta ilícita, con independencia de si se trata o no de un paraíso fiscal⁸⁶.

No obstante los progresos alcanzados, existen muchas cortapisas en ciertos Estados a la colaboración con las autoridades fiscales cuando se trata de proporcionarles datos con el fin de remitirlos a autoridades extranjeras y muchas reticencias por parte de los colectivos obligados a comunicar actuaciones sospechosas de blanqueo cuando éstas se refieren a infracciones de carácter fiscal. Esto resulta especialmente preocupante por cuanto la efectividad de tales medidas antiblanqueo depende de fundamentalmente de la colaboración voluntaria de los agentes implicados. Las Recomendaciones del GAFI fueron revisadas en 2012⁸⁷ a causa de la evolución de la delincuencia financiera internacional, lo que motivó la revisión parcial de las normas contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo y su extensión a la lucha contra la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva de acuerdo con la resolución 1.373 de la ONU.

⁸⁶ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Blanqueo de capitales, paraísos fiscales y sistema tributario”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 299, 2009, pág. 20.

⁸⁷ GAFI, *The FATF Recommendations-16 February 2012*, FATF Secretariat, París, 2012. Disponible en http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf

I.5.3 LUCHA CONTRA EL BLANQUEO E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL EN ESPAÑA.

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁸⁸, traspone la Directiva 2005/60/CE o Tercera Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, que básicamente incorpora al Derecho comunitario las Recomendaciones del GAFI tras su revisión en 2003 y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006⁸⁹, además de establecer el régimen sancionador del Reglamento CEE N° 1781/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos. La Ley 10/2010 fue modificada por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que incorpora, como novedades destacadas, la modificación del régimen aplicable a las personas con responsabilidad pública, la reforma del sistema de diligencia simplificada, la ampliación de las potestades del Consejo de Ministros a la hora de adoptar sanciones y contramedidas financieras internacionales y el establecimiento de la obligación de estructurar los procedimientos de control interno a nivel de grupo⁹⁰.

La Tercera Directiva establece un marco normativo general que ha de ser, además de transpuesto, completado por el ordenamiento jurídico nacional de cada estado miembro, mediante el desarrollo posterior de normas nacionales notablemente más extensas y detalladas, que contemplen las especificidades y riesgos propios de cada Estado miembro y, por lo tanto, se trata de una Directiva de mínimos. Con tal fin se aprobó

⁸⁸ Disponible en http://www.sepblac.es/espanol/legislacion/prevbcap/pdf/ley10_2010.pdf

⁸⁹ En lo relativo a la definición de "personas del medio político".

⁹⁰ Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-12887

el Reglamento que desarrolla la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo mediante el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo⁹¹ y el Acuerdo de 17 de julio de 2012, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, que determina las jurisdicciones que establecen requisitos equivalentes a los de la legislación española de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁹², entre las que se encuentra Suiza. Con la aprobación del Real Decreto 304/2014, se procede a incorporar las principales novedades de la normativa internacional surgidas a partir de la aprobación de las nuevas Recomendaciones de GAFI.

Como fácilmente se puede comprender, las obligaciones que la actual Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales impone constituyen una reforma silenciosa y de calado en la lucha contra el fraude fiscal, pues no sólo tienen trascendencia en la lucha contra el blanqueo de capitales, sino que, sobretodo, resulta fundamental en el ámbito tributario, por cuanto esta información proporcionada a los órganos administrativos tributarios ha de servir sin duda para desvelar la existencia de rentas ocultas, para descubrir el beneficiario final de otras y para levantar el velo de ciertas operaciones económicas o financieras. A estos efectos el art. 94 de la LGT⁹³ contempla la posibilidad de efectuar intercambios de

⁹¹ Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2014/05/06/pdfs/BOE-A-2014-4742.pdf>

⁹² Resolución de 10 de agosto de 2012, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. BOE 23 de agosto de 2012. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2012/08/23/pdfs/BOE-A-2012-11091.pdf>

⁹³ Artículo 94. Autoridades sometidas al deber de informar y colaborar.

...4. El Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, así como la Secretaría de ambas comisiones, facilitarán a la Administración

información con el Servicio Ejecutivo de la Comisión para la Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. Además señala de forma taxativa que esa información puede ser utilizada directamente para practicar regularizaciones tributarias sin necesidad de requerimiento.

Las obligaciones de colaboración que fija la Ley son principalmente tres que, a su vez, se ven desarrolladas por otras. La primera de las obligaciones establece la obligación de identificar al cliente y las actividades que realiza. No se limita pues a la mera identificación formal del cliente, sino que obliga al conocimiento del beneficiario efectivo de las operaciones, al de las personas que posean un porcentaje superior al 25 % del capital de una entidad o de sus derechos de voto y al seguimiento de la actividad de negocios. En segundo lugar, se establece la obligación de analizar cualquier operación que resulte sospechosa de blanqueo de capitales y a comunicar los hechos al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC)⁹⁴ si éstos se confirman. Ello conlleva la necesidad de

tributaria cuantos datos con trascendencia tributaria obtengan en el ejercicio de sus funciones, de oficio, con carácter general o mediante requerimiento individualizado en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Los órganos de la Administración tributaria podrán utilizar la información suministrada para la regularización de la situación tributaria de los obligados en el curso del procedimiento de comprobación o de inspección, sin que sea necesario efectuar el requerimiento al que se refiere el apartado 3 del artículo anterior.

5. La cesión de datos de carácter personal que se deba efectuar a la Administración tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, en los apartados anteriores de este artículo o en otra norma de rango legal, no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

⁹⁴ El Sepblac es uno de los órganos de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales del Banco de España, independiente orgánica y funcionalmente, y constituye

mantener formados en la materia a los empleados y la de nombrar un representante de la entidad ante el SEPBLAC. Así lo establece el art. 29 de la Ley, al disponer la obligación de disponer de un plan de formación para los trabajadores que les capacite para detectar estas operaciones. Para garantizar todo ello, el art. 28 señala que las medidas de control interno serán objeto de examen anual por un experto externo. Por último, la tercera

la Unidad de Inteligencia Financiera española. Es presidido por el Secretario de Estado de Economía y desempeña las actuaciones tendentes a la prevención e impedimento de la utilización del sistema financiero o de empresas o profesionales de otra naturaleza para el blanqueo de capitales, así como las funciones de investigación y prevención de las infracciones administrativas del régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior.

Las funciones atribuidas por los artículos 45 y siguientes de la Ley 10/2010 son las siguientes:

1. Auxilio a los órganos judiciales, M^º Fiscal, policía y otros órganos administrativos.
2. Dar parte a esos organismos de actuaciones de las que se deriven indicios de delito o infracción administrativa.
3. Recibir ciertas comunicaciones.
4. Análisis de la información recibida y su tramitación.
5. Ejecutar órdenes y seguir orientaciones de la Comisión, y elevar informes solicitados.
6. Supervisión e inspección del cumplimiento de las obligaciones de los sujetos obligados.
7. Emitir recomendaciones.
8. Proponer al Comité Permanente requerimientos a sujetos obligados.
9. Informar en procesos de creación de entidades financieras sobre medidas de control interno.
10. Informar en procesos de evaluación cautelar de adquisiciones e incrementos de participaciones en el sector financiero.
11. Las demás que se le atribuyan.

obligación a la que hacíamos referencia al inicio de este párrafo es la de no hacer. Entre las que la desarrollan destaca la de abstenerse de realizar las operaciones en las que se tengan sospechas fundadas de blanqueo de capitales y la de no revelar al cliente que se han trasladado los hechos a la Administración.

Además de estas obligaciones genéricas, la Ley señala con carácter general aquellos supuestos sospechosos de blanqueo. Estos supuestos están conformados por aquellas operaciones que por su naturaleza puedan estar relacionadas con el blanqueo y se denominan operaciones de riesgo, como puedan ser las operaciones que resulten especialmente complejas o inusuales, movimientos con origen o destino en cuentas ubicadas en paraísos fiscales o países y territorios no cooperantes, frecuentes operaciones en efectivo o cuando la naturaleza o el volumen de las operaciones activas o pasivas de los clientes no se corresponda con su actividad o antecedentes operativos. Como puede apreciarse, existen indicios comunes con el fraude fiscal, y en este sentido, la Ley incluye entre los bienes susceptibles de blanqueo a la “cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”.

I.6 POSTURAS EN NUESTRO ENTORNO FRENTE A LAS PRÁCTICAS FISCALES PERJUDICIALES

I.6.1 LA POSICIÓN DE LA OCDE FRENTE A LOS PARAÍSO FISCALES

Los ministros de la OCDE solicitaron a la Organización, en mayo de 1996, “establecer las medidas necesarias para limitar las distorsiones introducidas por la competencia perjudicial en las decisiones de inversión y de financiación, así como sus consecuencias sobre la materia imponible”. Esta solicitud fue reiterada por los países miembros del G-7 en su cumbre de Lyon de 1996.

Con posterioridad el Comité Fiscal de la OCDE publicó dos informes. El primero, del año 1998, fue titulado “Competencia fiscal perjudicial: un problema mundial”, y en él se define el problema y se enumeran los principios de acción. El Segundo (“Hacia una cooperación fiscal global, progreso de la identificación y la eliminación de prácticas fiscales perjudiciales”), data del año 2000 y se refiere a la aplicación práctica de parte del primero. Este último es especialmente relevante en cuanto al tema que aquí nos ocupa, pues se centró esencialmente en el estudio del modo en que las leyes sobre el secreto bancario en muchos paraísos fiscales obstaculizaban su cooperación internacional en los requerimientos de información fiscal. Sostiene el informe que todos los países de la OCDE deberían “permitir a las autoridades fiscales tener acceso a la información bancaria, directa o indirectamente, con propósitos fiscales, de tal forma que las autoridades pudieran cumplir íntegramente con sus responsabilidades recaudatorias y comprometerse a un intercambio de información efectivo”.

La OCDE, a raíz de estos informes, publicó una lista con 35 jurisdicciones extraterritoriales, con la advertencia explícita de su inclusión posterior en una lista de paraísos fiscales no cooperativos⁹⁵ a menos que se comprometieran a realizar con anterioridad al 31 de diciembre de 2005 las modificaciones legislativas necesarias para dejar de ser paraísos fiscales⁹⁶. En noviembre de 2001 la OCDE, publica el “The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: the 2001 progress report”⁹⁷, que supuso un cambio de orientación al modificar de forma sustancial los

⁹⁵ Su publicación estaba prevista para julio de 2001, pero se retrasó hasta 2002.

⁹⁶ Entre otras se refería a la eliminación de obstáculos respecto al intercambio de información propiciados por la existencia del secreto bancario

⁹⁷ OCDE, *The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: the 2001 progress report*, OCDE Publications, París, 2001. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/harmful/2664450.pdf>

criterios inicialmente establecidos para considerar que un país o territorio no miembro de la OCDE constituía un paraíso fiscal (tax haven) que realiza prácticas fiscales perniciosas⁹⁸. Este cambio de orientación se basa en que el criterio del nivel impositivo de un país o territorio deja de ser considerado relevante a fin de clasificarlo o no como paraíso fiscal, considerando que cada Estado puede fijar libremente sus tipos impositivos. Incluso deja de considerarse práctica fiscal perniciosa la inexistencia de un impuesto sobre la renta o la aplicación de impuestos de carácter nominal⁹⁹.

⁹⁸ Véanse las declaraciones oficiales de MARKHLOUF, G. (Chairman of the OECD Fiscal Committee) en “Statements on the OECD’s Harmful Tax Practices Initiatives”, *Tax Notes International*, núm. 24, noviembre 2001, págs. 875 y ss. Es una idea común el suponer que el cambio de enfoque del proyecto OCDE obedeció a las duras críticas que el mismo recibió desde diversos ámbitos, así como por evolución de la posición adoptada por las autoridades estadounidenses frente a este proyecto. La modulación de los criterios para calificar que un tax haven despliega prácticas perniciosas en principio no afecta a los parámetros establecidos para determinar cuándo un Estado miembro de la OCDE articula prácticas fiscales perniciosas mediante regímenes preferenciales; no obstante, se ha advertido también una tendencia OCDE dirigida a intensificar los niveles de transparencia e intercambio efectivo de información en relación con los Estados miembros de tal organización (vid. WEINER, J., “OECD Forum on Harmful Tax Practices marks fifth year”, *Tax Notes International*, 21 julio de 2003, págs. 233 y ss.

⁹⁹ RUCHELMAN, S. C. y SHAPIRO, S. K., “Exchange of Information”, *Intertax*, vol. 30, nº 11, 2002, págs. 411 y ss.

En los EE. UU. el proyecto de la OCDE de competencia fiscal recibió durante los años 1999 a 2000 duras críticas por parte de algunos congresistas y senadores, así como la presión ejercida en tal país por algunos importantes “grupos de influencia o de presión” (lobbies); a su vez, el cambio de administración acontecido en los EE. UU. en el año 2000, esto es, el reemplazo de la Administración Clinton por la Administración Bush propició una matización de la posición inicial mantenida por las autoridades estadounidenses frente al proyecto OCDE de competencia fiscal perniciosa; la nueva posición estadounidense se podría sintetizar en dos ideas o principios, a saber; por un lado, que cada país es libre para establecer su propia política fiscal; y, por otro, que los

En un sentido estricto la OCDE no varió, a través de esta actualización del proyecto de Competencia Fiscal Perniciosa, los criterios fundamentales que sirven para identificar un paraíso fiscal (tax haven). Lo que hizo fue fijar los criterios para delimitar lo que considera actividades perniciosas de estos países o territorios, clasificándolos en dos categorías; los paraísos fiscales cooperantes (cooperative tax havens) y los no cooperantes (uncooperative tax havens). Estos últimos se consideran acreedores a la adopción de medidas defensivas contra ellos coordinadas por la propia OCDE¹⁰⁰, pero si un tax haven disfruta de un reducido nivel de tributación y no exige un nivel de actividad (sustancia económica) o incluso establece regímenes estancos (ring fencing) y al mismo tiempo cumple con los estándares OCDE de transparencia y efectivo intercambio de información, se le considera un cooperative tax haven y no se aplicarán medidas contra él¹⁰¹.

Estos mismos principios novedosos fueron reafirmados en un nuevo informe; “The OECD’S Project on Harmful Tax Practices: the 2004 Progress Report”. Además de reafirmarlos, este informe va un paso más

Estados no deberían participar o articular prácticas que faciliten la vulneración de la legislación de los demás países (Weinberger/O’Neill letter). Posiblemente, el cambio de rumbo que experimentó el proyecto OCDE de competencia fiscal en el año 2001 responda en buena medida al nuevo enfoque o posición adoptada por las autoridades estadounidenses.

¹⁰⁰“The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: the 2001 progress report”, op. cit. par. 26-28.

¹⁰¹ MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A., “Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales”, *Documentos IEF*, nº 1, IEF, 2002, págs. 9-10. Considera que la OCDE asimiló el criterio de la falta de actividad sustancial al de estanqueidad del régimen, si bien debe recordarse que el primero de estos criterios inicialmente era exigido para determinar cuándo un tax haven desplegaba prácticas fiscales perniciosas, en tanto que el segundo se emplea en relación con regímenes preferenciales (perniciosos) establecidos por Estados miembros OCDE.

allá, al hacer extensivo este enfoque respecto a las prácticas fiscales perniciosas a los propios países miembros de la OCDE. Estos y otros informes posteriores ponen de manifiesto que la globalización ha supuesto pasar de un sistema compartimentado y estanco respecto a la fiscalidad nacional a un nuevo sistema en el que las medidas de fiscalidad nacional pueden verse afectadas, o incluso anuladas, por medidas extraterritoriales¹⁰².

Antes de profundizar en el tema se hace preciso señalar la diferencia entre paraísos fiscales que no prevén ningún impuesto o establecen uno insignificante sobre los ingresos, y aquellos países con regímenes fiscales preferentes que sí han establecido un impuesto significativo sobre los ingresos pero en los cuales el sistema fiscal presenta ciertas características que suponen la exención o no sujeción de ciertos ingresos.

Los rasgos que caracterizan a los paraísos fiscales son los siguientes:

1. Tipo efectivo de imposición nulo o reducido.
2. Ausencia de intercambio de información.
3. Ausencia de transparencia en el funcionamiento de dispositivos legales
4. Ausencia de obligación, para el beneficiario de un régimen fiscal favorable, de ejercer una actividad sustancial, lo que indica que la actividad está dirigida por motivaciones exclusivamente fiscales¹⁰³

Basándose en estos criterios, el Comité estableció una lista de paraísos

¹⁰² No obstante, la propia OCDE reconoce en todo caso que ciertos países pueden ver compensadas sus desventajas naturales a través de los incentivos fiscales.

¹⁰³ OCDE, *Harmful Tax Competition an Emerging Global Issue*, OECD Publications, París, 1998, págs. 25-26. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>

fiscales (anexo 1) limitada en todo caso a los paraísos fiscales “no cooperativos”. Seis países aceptaron cooperar con la OCDE con vistas a la supresión de sus regímenes fiscales preferentes: las Islas Caimán, las Bermudas, Chipre, Malta, San Marino e Isla Mauricio¹⁰⁴.

Los países con regímenes fiscales preferentes perjudiciales que disponen de un sistema fiscal normal se definen según la OCDE sobre la base de una serie de factores calificados como esenciales y de otros factores que se consideran accesorios.

Los factores considerados esenciales son los siguientes:

1. Tipo efectivo de imposición nulo o reducido exclusivamente para el régimen especial.

2. Acotación (“ring fencing”) del régimen, de forma que, o bien no resulta accesible para los residentes, o bien las empresas beneficiarias no pueden acceder al mercado nacional.

3. Ausencia de transparencia.

4. Ausencia de intercambio de información. Sin duda alguna, la ausencia de intercambio de información es debida fundamentalmente a la

¹⁰⁴ Vid. OCDE, Vers une coopération fiscale globale. Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables (Towards Global Tax Cooperation. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices), OECD Publications, París, 2000, pág. 19, núm. 17. Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430257.pdf>. En este informe Suiza aparece como régimen fiscal preferente perjudicial. Sobre las reacciones frecuentes al respecto de los paraísos fiscales, vid. PICOTTI, L., Conclusiones, Conferencia Società off shore e pregiudizio alle entrate comunitarie, Centro di diritto penale tributario, Turín, 12-13 junio de 1997, pp. 152-156, HAY, R. J., “Offshore Centers Under Attack”, Tax Planning International Review, 1999, pg. 3; ZAGARIS, B., “The Assault on Low Tax jurisdictions: A Call for Balance and Debate”, Tax Management International Journal, Vol. 28, 1999, págs. 474 a 500.

existencia del secreto bancario, aunque en ocasiones es causada también por la existencia de una extensa lista de secretos comerciales que quedan fuera de la obligación de intercambio de información prevista por los convenios fiscales¹⁰⁵. Respecto a las disposiciones relativas al secreto, la OCDE publicó el Informe “Améliorer l'accès aux renseignements bancaires a des fins fiscales” en 2000.

Respecto a los mencionados factores accesorios que caracterizan los regímenes fiscales preferentes perjudiciales, se trata de los siguientes:

1. Definición artificial de la base imponible¹⁰⁶.

2. Falta de respeto de los principios internacionales aplicables en materia de precios de transferencia y concretamente de los principios definidos por la propia OCDE¹⁰⁷, particularmente por la negociación de precios de transferencia fijos¹⁰⁸ sin examen completo de hechos y

¹⁰⁵ Modelo OCDE, art. 26, §2 c

¹⁰⁶ A título de ejemplo: reglas sobre aplicación de deducciones para evitar la doble imposición por dividendos o plusvalías, aplicables independientemente de que los ingresos de las sociedades filiales correspondientes hayan sido gravados o no; deducción de gastos cuyo ingreso correspondiente no ha sido gravado; deducción de gastos en los que se considera haber incurrido, pero que no han sido efectivamente soportados; dotaciones excesivas a las reservas; exclusión, para determinar la renta gravada, de un porcentaje de ciertos ingresos.

¹⁰⁷ Vid OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*, Centre for Tax Policy and Administration, 22 de julio de 2010. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45690216.pdf>. Sobre la evolución inicial de los trabajos de la OCDE en materia de precios de transferencias, THILMANY, J., *Transferts indirects de bénéfices*, Ced-Samsom, Diegem (Bélgica), 1996, págs. 163 y ss.

¹⁰⁸ Regímenes de protección “safe harbours”.

circunstancias¹⁰⁹.

3. Exención de impuestos sobre ingresos de fuentes extranjeras¹¹⁰.

4. Posibilidad de negociar el tipo o la liquidación del impuesto, logrando la percepción de un impuesto que será compensado por el crédito equivalente acordado por el país de residencia¹¹¹, evitando la aplicación de la imposición en el país de residencia de la sociedad extranjera controlada y situada en el país de acogida.

5. Disposiciones relativas al secreto bancario y comercial¹¹²

6. Amplia red de convenios fiscales, que se aplican sin excepción a los regímenes favorables.

7. Publicidad a favor de instrumentos de minimización del impuesto.

8. Fomento de actividades con motivación exclusivamente fiscal.

Los países con este tipo de regímenes provocan el desplazamiento actividades de un país a otro en busca de oportunidades fiscales en lugar de promover y desarrollar la creación de nuevas actividades. El beneficio fiscal obtenido se convierte de este modo en la primera motivación en la

¹⁰⁹ Vid *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*, op. cit., directriz nº 4.120. Sobre el régimen de protección (safe harbours) ver directrices nº 4.93 y ss. Para la OCDE, los regímenes de protección no son, en general, compatibles con la aplicación del precio de transferencia conforme a los principios de plena competencia.

¹¹⁰ Como ejemplo sirva la legislación de Uruguay al respecto.

¹¹¹ "Soak up tax"

¹¹² Vid. informe *Améliorer l'accès aux renseignements bancaires a des fins fiscales (Improving access to bank information for tax purposes)*, OCDE Publications, París, 2000. Disponible en [http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurla transparence etlechangederenseignementsadesfinsfiscales/45630155.pdf](http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurla%20transparence%20etlechangederenseignementsadesfinsfiscales/45630155.pdf)

elección de la localización de la actividad, de modo que la presencia y el nivel de actividades en el país de acogida no suelen guardar relación con el nivel de inversión o la renta del país.

Basándose en los factores antes señalados el Comité de la OCDE fijó una lista de regímenes fiscales preferentes, prácticamente idéntica a la de la Unión Europea. Asimismo se establecieron los protocolos a aplicar para determinar si los regímenes, definidos como potencialmente perjudiciales, lo son efectivamente¹¹³.

Como señalamos anteriormente la ausencia de intercambio de información se convierte para la OCDE en la principal característica definitoria de paraísos fiscales y territorios con regímenes fiscales preferentes, y esta ausencia se debe fundamentalmente del secreto bancario¹¹⁴. Para luchar contra los paraísos fiscales y la competencia fiscal perjudicial la OCDE dictó una serie de recomendaciones. Estas recomendaciones son de tres tipos; las relativas a modificaciones de la legislación interna, las que refieren a la firma de convenios bilaterales y por último las relativas a la cooperación multilateral.

a.- Sobre la modificación de la normativa interna.

Son recomendaciones relativas a la fijación de ciertas reglas a las rentas que resultan beneficiadas de regímenes identificados como competencia fiscal perjudicial¹¹⁵. En ellas se sostiene, como aspecto relevante a los efectos del presente trabajo, que el acceso a las informaciones bancarias debería estar autorizado por todos los países.

¹¹³ Vid OCDE, *Vers une coopération fiscale globale*, OCDE, 2000, pág. 17, nº. 15.

¹¹⁴ Modelo OCDE, art. 26.2 c) y el Informe OCDE *Améliorer l'accès aux renseignements bancaires a des fins fiscales* de 2000.

¹¹⁵ Informe *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, op.cit., pág. 46, nº 100.

b.- Sobre los convenios bilaterales

Respecto a los convenios la prioridad se centra en la eliminación de aquellas ambigüedades que ponen trabas a la aplicación de medidas antiabuso amparándose en la incompatibilidad con las medidas nacionales. Recomienda la puesta en práctica de instrumentos de control simultaneo y la generalización de acuerdos de asistencia mutua para el cobro de créditos fiscales y extender el intercambio de información. La OCDE se plantea la extensión del intercambio de información recogida en el artículo 26 de su modelo para ampliar su ámbito de aplicación a otros impuestos¹¹⁶, y aconseja que las ventajas recogidas en un convenio no sean aplicables a entidades y rentas beneficiarias de prácticas fiscales perjudiciales, así como la eliminación de ambigüedades que puedan limitar la aplicación de estas medidas amparándose en incompatibilidades con la legislación nacional.

c.- Sobre la cooperación multilateral

El Forum on Harmful Tax Practices es el encargado de velar por la aplicación de principios rectores según los cuales los países miembros se abstendrán de adoptar nuevas medidas perjudiciales, identificarán las medidas de este tipo y trabajarán para su progresiva eliminación¹¹⁷. A este “Forum” se le encargó, también, la configuración de una lista de paraísos fiscales y otra de paraísos no cooperativos, así como el inicio de un proceso de cooperación o de propuesta de sanciones aplicables a los países calificados como paraísos no cooperativos. Para evitar figurar en esta última lista, el país objeto de comprobación debía comprometerse a

¹¹⁶ Sobre los esfuerzos continuos de la OCDE en esta dirección, cfr. GRAU RUIZ, M^a. A., *La cooperación internacional para la recaudación de tributos: el procedimiento de existencia mutua*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 164.

¹¹⁷ Informe OCDE, Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue (Concurrence fiscale dommageable. Un problème mondial), op. cit. págs. 63-64.

impulsar reformas con el fin de acabar con las prácticas fiscales perjudiciales antes del año 2005, en el ámbito del denominado “compromiso programado”. Este compromiso se materializa mediante la remisión al Secretario General de la OCDE de una carta que deberá ir firmada por un alto funcionario¹¹⁸. De igual modo, un país podrá ser retirado de la lista si pone fin a sus prácticas fiscales perjudiciales, aún sin haber aceptado un compromiso programado

Pero la lucha contra estos territorios no queda en esto, sino que también se establecieron una serie de medidas que podrían adoptarse en la lucha contra los paraísos fiscales no cooperativos:

- Supresión de deducciones y créditos ligados a las operaciones efectuadas con estos países.

- Establecer la obligación de los contribuyentes de facilitar información relativa a las operaciones efectuadas con estos países, así como de severas sanciones en el caso de no declaración o declaración inexacta de las mismas.

- Introducción de legislaciones relativas a sociedades extranjeras controladas.

- Eliminación de cualquier tipo de excepción que suponga limitar la aplicación de sanciones a las operaciones realizadas con las entidades constituidas en los paraísos fiscales¹¹⁹.

¹¹⁸ OCDE, *Vers une coopération fiscale globale. Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables* (Towards Global Tax Co-Operation. Progress In Identifying And Eliminating Harmful Tax Practices), OECD Publications, París, 2000, pág. 21, núms. 21-23. Disponible en <http://www.oecd.org/fr/ctp/ dommageables/2090184.pdf>

¹¹⁹ Esta medida podría resultar incompatible con las reglas de no discriminación y de proporcionalidad del Tratado de la Unión Europea.

-Eliminación de créditos de impuestos y exenciones en la distribución de dividendos que tengan su origen en los paraísos fiscales.

-Imposición de derechos o de retenciones en la fuente sobre las transacciones con los paraísos fiscales ¹²⁰.

La estrecha colaboración entre la UE y la OCDE se ha visto reflejada en la aprobación de numerosos documentos inspirados en las directrices de la esta última. La Directiva del Consejo relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad de 15 de febrero de 2011¹²¹, inspirada en el Convenio del Consejo de Europa y la OCDE, constituye su más reciente expresión.

Se aprecian pues dos líneas de actuación de la OCDE al respecto:

- Identificar y tratar de eliminar los regímenes fiscales preferenciales vigentes en sus Estados miembros, aplicando criterios muy similares a los contemplados en el Código de conducta de la UE sobre la fiscalidad de las empresas;

- Buscar el compromiso de estados no miembros, incluidos algunos paraísos fiscales, de establecer una auténtica cooperación con los miembros de la OCDE sobre transparencia e intercambio de información en el ámbito fiscal.

Los compromisos exigidos por la OCDE consisten esencialmente en garantizar el cumplimiento del art. 26 de su modelo de convenio (MCOCDE) que exige el intercambio de información previa petición en todas las cuestiones relacionadas con la fiscalidad a efectos de la

¹²⁰ OCDE, Vers une coopération fiscale globale. Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables, op. cit., págs. 27 y 28, núm. 35.

¹²¹ Directiva 2011/16/UE, DOL 11 de marzo de 2011, nº 64. Deroga la Directiva 77/799/CEE de 19/12/77.

administración y control de la aplicación de la legislación tributaria nacional, sin entrar en consideraciones de interés nacional ni tener en cuenta el secreto bancario a efectos fiscales en el territorio requerido¹²². La consecución del objetivo de eliminar los regímenes fiscales perjudiciales pasa a depender de la voluntad política de los Estados miembros de la OCDE y de la Unión Europea para actuar en sus ámbitos territoriales y de influencia. Al respecto cabe destacar la actuación de la Unión Europea mediante la aprobación de la Directiva del ahorro que será objeto de análisis pormenorizado en un capítulo posterior.

I.6.2 LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y LOS PARAÍSO FISCALES.

El Real Decreto 1080/1991 de 5 de julio¹²³ es la norma que ha venido determinando los países y territorios que se califican como paraísos fiscales a los efectos de la aplicación de las diferentes disposiciones fiscales internas que se refieren a los mismos. En el ordenamiento fiscal español existe un buen número de disposiciones internas¹²⁴ que establecen

¹²² Suponiendo que con motivo de la reunión del G-20 de 2 de abril de 2009 se iba a confeccionar una lista de los países que no hubieran realizado suficientes progresos en la aplicación de las normas internacionales en materia tributaria elaboradas por la OCDE y ampliamente aceptadas, algunos países, a saber, Suiza, Austria, Bélgica, Luxemburgo, Hong-Kong, Macao, Singapur, Chile, Andorra, Liechtenstein y Mónaco se comprometieron poco antes a cumplir dichas normas.

¹²³ BOE nº 167, de 13 de julio de 1991.

¹²⁴ Véanse, por ejemplo, los siguientes preceptos de la legislación fiscal española: arts. 12.3, 12.4, 12.5, 14.1.g), 17.2, 20, 21, 22, 23, 37.2, 42, 60, 87.5, 88.4, 89.3, 107.9, 107.12 y 118.4 Real Decreto Legislativo 4/2004 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; arts. 14, 39, 40 y 46 del Real Decreto Legislativo 5/2004 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRNR; arts. 7.p), 8.2, 91.8, 91.11, 91.13, 92.4.2º y 95 así como la D.A. 13ª.2 y la D.T. 8ª del Real Decreto Legislativo 3/2004, por el que se aprueba la Ley 35/2006, de 28 de noviembre,

un régimen discriminatorio respecto a las operaciones realizadas con o desde países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales (tax havens)¹²⁵. Estas disposiciones establecen respecto a estas operaciones, generalmente, determinadas cautelas o limitaciones a la aplicación de deducciones o bonificaciones fiscales cuando se trata de operaciones en la que intervienen obligados residentes en España¹²⁶.

Desde esta perspectiva se podría afirmar que nos encontramos ante una verdadera “lista negra” de países o territorios ante los que se establece una serie de contramedidas de carácter defensivo, limitando la aplicación de determinadas bonificaciones fiscales contempladas en la normativa española a favor de sujetos no residentes cuando la renta fuera obtenida a través de los mismos, debido fundamentalmente a su anormalmente bajo nivel de tributación respecto a la media de la OCDE y a su postura de facilitar el incumplimiento de la normativa fiscal de otros países con un nivel de tributación menos favorable¹²⁷. Se trataba pues de un concepto de paraíso fiscal basado fundamentalmente en su bajo nivel de tributación y a la existencia de un sistema legal que facilita la evasión fiscal gracias a la opacidad proporcionada por la confidencialidad que se garantiza a las

del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

¹²⁵ CARMONA FERNANDEZ, N., *Guía del IRNR*, Ciss, Valencia, 2003, págs. 91-92. Llega a afirmar que “existe un estatuto especialmente ominoso derivado del abanico de normas penalizadoras que recaen sobre los residentes en las jurisdicciones mencionadas por el Real Decreto 1080/1991”.

¹²⁶ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Crónica Tributaria* nº 111, 2004, pág. 43.

¹²⁷ RUCHELMAN, S. C. y SHAPIRO, S. K. “Exchange of Information”, *Intertax*, vol. 30, nº 11, 2002, págs. 408-435. También MOERMAN, S. “The main characteristics of tax havens”, *Intertax* vol. 27, núm. 10, 1999, págs. 368-375.

operaciones económicas y financieras desarrolladas en su territorio.

No obstante, el RD. 1080/1991 no hace referencia a estas cuestiones ni a los criterios seguidos por las autoridades para decidir sobre la inclusión o no en la lista de un país o territorio. La única motivación del establecimiento de tal lista la encontramos en la exposición de motivos del citado reglamento, que la justifica en la existencia de diversas disposiciones publicadas en diciembre de 1990 y mayo de 1991 que vetaban determinadas bonificaciones fiscales en caso de intervención de sujetos que operaran a través de paraísos fiscales. El propio Preámbulo¹²⁸ del RD.1080/1991 señalaba que la citada relación de paraísos fiscales “estará sujeta a las modificaciones que dicten en la práctica, el cambio en las circunstancias económicas y la experiencia en las relaciones

¹²⁸ “La ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes, establece en su artículo 2, apdo. 3, nº 2, que “los intereses e incrementos de patrimonio derivados de la deuda pública, obtenidos por personas físicas no residentes que no operen a través de establecimiento permanente en España, no se considerarán obtenidos o producidos en España”. En similares términos se pronuncia el número 3 respecto a los intereses e incrementos de patrimonio derivados de bienes muebles, obtenidos por personas físicas que tengan su residencia habitual en otros estados miembros de la comunidad económica europea.

No obstante, el número 4 del propio artículo 2. , apartado 3, establece la cautela de que lo dispuesto en los dos números anteriores en ningún caso será de aplicación a intereses o incrementos de patrimonio obtenidos a través de los países o territorios que se determinen reglamentariamente por su carácter de paraísos fiscales.

Por su parte, la ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del estado para 1991, establece en su artículo 62 idénticas previsiones respecto a las personas jurídicas, al modificar el artículo 23 de la ley del impuesto sobre sociedades.

Resulta obligado, por lo tanto, establecer la relación de los países y territorios a los que cabe atribuir el carácter de paraísos fiscales a efectos de lo dispuesto en los referidos conceptos, que estará sujeta a las modificaciones que dicten la práctica, el cambio en las circunstancias económicas y la experiencia en las relaciones internacionales.”

internacionales”¹²⁹, configurándose por tanto como una lista abierta, aunque hasta la fecha la lista de 48 paraísos fiscales recogidos en el R.D.1080/1991¹³⁰ no se ha visto modificada a salvo de la clarificación respecto al Gran Ducado de Luxemburgo¹³¹ realizada por las autoridades

¹²⁹ LETE ACHIRICA, C., *Las entidades no residentes en el IS*, Cedecs, Barcelona, 1997, págs. 401 y ss. Sostiene que una lista cerrada pero de carácter dinámico por ser actualizable se ha convertido en la práctica en estática.

¹³⁰ Los países calificados como paraísos fiscales por el R.D. 1080/1991 son: Principado de Andorra, Antillas Neerlandesas, Aruba, Emirato del Estado de Bahrein, Sultanato de Brunei, República de Chipre, Emiratos Árabes Unidos, Gibraltar, Hong-Kong, Anguilla, Antigua y Barbuda, Las Bahamas, Barbaros, Bermudas, Islas Caimanes, Islas Cook, República Dominicana, Granada, Fiji, Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal), Jamaica, República de Malta, Islas Malvinas, Isla de Man, Islas Marianas, Mauricio, Montserrat, República de Naruru, Islas Salomón, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, República de Trinidad y Tobago, Islas Turks y Caicos, República de Vanuatu, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Reino Hachemita de Jordania, República Libanesa, República de Liberia, Principado de Liechtenstein, Principado de Luxemburgo, por lo que respecta a las rentas percibidas por las Sociedades Holding 1929, Macao, Principado de Mónaco, Sultanato de Omán, República de Panamá, República de San Marino, República de Seychelles y República de Singapur.

¹³¹ Párrafo 1 del Protocolo del CDI España-Luxemburgo.

“Ad artículos 1, 3 y 4.

El presente Convenio no se aplica a las sociedades “holding”, definidas en la legislación especial luxemburguesa contenida actualmente en la Ley de fecha 31 de julio de 1929, y el Decreto gran ducal de fecha 17 de diciembre de 1938 (que desarrolla el artículo 1.o, 7b), apartados 1 y 2 de la Ley de 27 de diciembre de 1937). No se aplica tampoco a las rentas que un residente de España obtenga de acciones u otros títulos de sociedades similares, ni al patrimonio representado por acciones u otros títulos de participación en el capital de tales sociedades que esta persona posee.

Párrafo 2. Ad artículo 10.

El párrafo 2 del artículo 10 no se aplica, en el caso de España, a las rentas,

españolas¹³². Este es uno de los principales puntos de crítica¹³³ de esta regulación, puesto que la falta de actualización de la lista¹³⁴ podría contravenir el espíritu inicial de la norma a consecuencia de que ciertos países o territorios pueden haber modificado su legislación de forma que deberían ser excluidos, mientras que otros pueden haberse hecho acreedores a entrar en la misma¹³⁵.

distribuidas o no, atribuidas a accionistas de las sociedades y entidades a que se refiere el artículo 12.2 y 3 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y el artículo 19 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, en tanto estas rentas no estén sujetas al Impuesto sobre Sociedades español. Dichas rentas se someten a imposición en España, de acuerdo con las disposiciones de su legislación interna. Es aplicable a estas rentas el apartado b) del párrafo 1 del artículo 24.”

¹³² Vid., MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Instituciones de inversión colectiva: aspectos de fiscalidad internacional de las SIMCAV españolas” en RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, A. (Coord.); *Fiscalidad y Planificación Fiscal Internacional*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2003, pág. 293-327. Aunque en un momento dado, la DGT consideró que Luxemburgo tiene la consideración de “paraíso fiscal” respecto de las rentas procedentes de sociedades holding entre las que se incluyen las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) constituidas con arreglo a la ley de 30 de marzo de 1988, en el año 2000 la DGT cambio de doctrina y consideró que las inversiones de residentes españoles en SICAVs luxemburguesas pueden beneficiarse del CDI España-Luxemburgo con arreglo a lo dispuesto en el procedimiento amistoso concluido entre los dos países el 3 de mayo de 2000, y las rentas obtenidas a través de tales entidades no se considera obtenida a través de un “paraíso fiscal”.

¹³³ SERRANO ANTON, F., y ALMUDÍ CID, J. M., “La residencia fiscal de las personas físicas en los convenios de doble imposición internacional y en la normativa interna española”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núms. 221-222, 2001, págs. 101 y 102.

¹³⁴ CARMONA FERNANDEZ, N., *Guía del IRNR*, op. cit., pág. 90.

¹³⁵ Vid. en este sentido: GUTIÉRREZ DE PABLO, G., “Diversos aspectos de la planificación fiscal internacional y el uso de paraísos fiscales”, *Impuestos* nº 10, 1995, pág. 5 y ss. Véase igualmente el trabajo de SALTO VAN DER LAAT, D., “Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la

98

El deseo de paliar esta excesiva rigidez inspiró la aprobación del Real Decreto 116/2003, de 31 de enero, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 326/1999, de 26 de febrero, y el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, aunque para algunos autores quizás responda más a la verdad que su motivación principal se encuentre en el deseo de armonizar la posición española con los nuevos postulados de la OCDE¹³⁶ recogidos en el marco de su proyecto de competencia fiscal perniciosa.

La exposición de Motivos del R.D. 116/2003, en su art. 2, señala que el motivo de la modificación es modificar el Real Decreto 1080/1991 para “introducir la posibilidad de excluir de la lista de paraísos fiscales a los países y territorios que se comprometan a intercambiar información con la Administración española. Dicho compromiso ha de quedar plasmado en un acuerdo específico de intercambio de información o en un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información”. Y modifica el R.D. 1080/1991, al añadir en su artículo 2º: “Los países y territorios a los que se refiere el artículo 1 que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información dejarán de tener la consideración de paraísos fiscales en el momento en que dichos convenios o acuerdos entren en vigor”¹³⁷.

legislación española”, *Crónica Tributaria*, nº 93, 2000, págs. 49-88.

¹³⁶ MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A., “Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales”, *op. cit.*, y CALDERON, J. M. “El intercambio de información entre administraciones tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa”, en SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F. (Dir.): *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, *op.cit.*, págs. 270 y ss.

¹³⁷ CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., “Las normas antiparaíso

Se produce así una corrección parcial de uno de los aspectos objeto de crítica del R.D. 1080/1991, puesto que se establece la posibilidad de salir de la “lista negra” de ciertos países o territorios calificados como paraísos fiscales, pero no se establece la inclusión de otros nuevos en la misma. A la hora de fijar el criterio de salida de la lista ya no se trata de que el país o territorio en cuestión modifiquen su sistema fiscal adoptando unos niveles impositivos más acordes con los criterios de los países de la OCDE, sino de asegurar el intercambio de información mediante la firma de convenios de doble imposición (CDI) o acuerdos de intercambio de información en materia tributaria (AII) que incluyan una cláusula de intercambio de información.

No obstante eso no significa abandonar de forma expresa el criterio de fijación en estos territorios de un sistema impositivo más acorde con los estándares de la OCDE, y algunos autores ven en esta fórmula una forma de fomentar la introducción de una fiscalidad ortodoxa como paso previo a la firma de un CDI o un AII con España. Pero también es cierto que puede desincentivar las modificaciones de estos sistemas tributarios, puesto que resulta más sencillo firmar un AII o un CDI y proporcionar información, que modificar los mismos¹³⁸. La nueva orientación adoptada por el R.D. 116/2003 resulta coincidente con los criterios marcados por el proyecto

fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Documentos*, núm. 111, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, pág. 45. Sostienen los autores que: “La modificación realizada en el Real Decreto 116/2003, de 31 de enero podría ser entendida como un movimiento normativo dirigido a diluir o reducir el excesivo rigor que posee una lista negra constitutiva y estática, así como para alinear la posición española sobre “paraísos fiscales” con la posición adoptada por la OCDE en el marco de su proyecto de competencia fiscal perniciosa”.

¹³⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Crónica Tributaria*, núm. 111, 2004, pág. 46 y 47.

OCDE de competencia fiscal perniciosa, que únicamente requiere a los países y territorios calificados como “tax havens” cumplir con ciertos criterios de transparencia e intercambio de información para dejar de ser calificados como tales y poder eludir la aplicación de las medidas defensivas que la propia OCDE pretende establecer para los mismos¹³⁹.

La Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal señala que para hacer frente a los comportamientos defraudatorios, la actuación de los poderes públicos debe encaminarse no sólo a la detección y regularización de los incumplimientos tributarios, sino también, y con mayor énfasis si cabe, a evitar que estos incumplimientos se produzcan, haciendo hincapié en los aspectos disuasorios de la lucha contra el fraude.

A tal fin, la disposición adicional primera de la ley contiene una definición del concepto de paraíso fiscal¹⁴⁰, y se acompaña de la definición de dos nuevos conceptos: el de país o territorio de nula tributación y el de efectivo intercambio de información. Señala, además, que respecto a la aplicación de estos conceptos, las normas de cada tributo podrán establecer especialidades y, además, se habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de lo regulado en la disposición adicional primera. De esta forma se proporciona al legislador la flexibilidad que requiere una realidad tan cambiante como es la fiscalidad internacional¹⁴¹ a fin de luchar contra el fraude fiscal mediante

¹³⁹ *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: the 2001 progress report*, OECD, Paris, 2001. En éste informe la OCDE modificó su criterio inicial en relación con los “tax havens”.

¹⁴⁰ SALTO VAN DER LAAT, D., “Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española”, op. cit., pág. 65.

¹⁴¹ FERRE NAVARRETE, M., “Los paraísos fiscales y las medidas antiparaíso”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3ª edición, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, pág. 1674.

su prevención.

En cuanto al sistema de determinación de los países o territorios que deben ser considerados paraísos fiscales, la Ley de medidas de prevención del fraude fiscal, mediante su disposición adicional primera, no lo ha modificado, pero sí ha introducido novedades como el pasen a considerarse paraísos fiscales los países o territorios que se determinen reglamentariamente. La disposición transitoria segunda de la ley establece que, en tanto no se determinen reglamentariamente los países o territorios que se consideran paraíso fiscal, tendrán dicha consideración los países o territorios previstos en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. El Real Decreto 1804/2008 por el que se desarrolla la Ley 36/2006¹⁴² no contiene ninguna disposición relativa a los países o territorios que deben ser considerados paraísos fiscales, por lo que sigue vigente la lista de paraísos fiscales recogida en el Real Decreto 1080/1991. En sus disposiciones adicionales 1.a y 2.a se establecen diversas reglas para regular el concepto de nula tributación y de efectivo intercambio de información tributaria, delimitando en que supuestos el intercambio no se considera efectivo:

a) Cuando hayan pasado seis meses desde un primer requerimiento y se haga un segundo, también sin respuesta en tres meses. Se ha de tener a estos efectos constancia de la recepción del requerimiento de información por el país requerido.

¹⁴² Real Decreto 1804/2008, de 3 de noviembre. Las disposiciones adicionales primera y segunda desarrollan, respectivamente, ciertos elementos de las definiciones de nula tributación y efectivo intercambio de información tributaria reguladas en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006. En particular, se especifican cuales son las cotizaciones a la Seguridad Social consideradas como un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a efectos de determinar la existencia de nula tributación en un país o territorio, y se determinan las limitaciones en el intercambio de información tributaria con otros países o territorios que originan que ese intercambio de información no se considere efectivo.

b) Cuando hayan pasado nueve meses sin colaboración alguna ni acuse de recibo.

c) Cuando el Estado requerido se niegue a aportar información alguna, sin que la negativa se funde en alguno de los supuestos establecidos en el convenio de doble imposición que sea aplicable.

d) Cuando la información que se proporcione sea distinta a la requerida o resulte incompleta.

Lo que sí recoge la Ley es un mecanismo de salida de la lista de paraísos fiscales y, al mismo tiempo, una cláusula de actualización. Conforme a ella, dejarán de tener la consideración de paraíso fiscal aquellos países o territorios que firmen con España un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente se establezca que dejan de tener dicha consideración, desde el momento en que estos convenios o acuerdos se apliquen. Novedoso resulta el mecanismo recogido en la disposición adicional primera por el que, los países o territorios que dejen de considerarse paraísos fiscales conforme a este mecanismo, volverán a tener la consideración de paraíso fiscal a partir del momento en que tales convenios o acuerdos dejen de aplicarse. Este mecanismo de reingreso en la lista de paraísos fiscales resulta coherente con el objetivo señalado de fijar la existencia de un efectivo intercambio de información como criterio a seguir en la determinación de los paraísos fiscales.

Como puede observarse se trata de una cláusula de actualización similar a la recogida en artículo 2 del RD 1080/1991 en virtud de la modificación introducida por el artículo 2 del Real Decreto 116/2003, pero con dos novedades que han sido introducidas con la finalidad de asegurar el efectivo intercambio de información como medio para evitar la utilización de paraísos fiscales con fines defraudatorios.

El primero de los cambios se refiere a la exigencia de que en el acuerdo

de intercambio de información en materia tributaria se establezca de forma expresa que dejan de tener la consideración de paraíso fiscal los países o territorios firmantes del acuerdo. Esta exigencia no se establece para los CDI con cláusula de intercambio de información, para los que resulta suficiente su firma para que un país deje de ser considerado como un paraíso fiscal por nuestro país. Este trato diferenciado se debe a que la elección de uno u otro criterio no es neutral, ya que la cesión de soberanía fiscal que se deriva de la firma de un CDI con cláusula de intercambio de información es mucho mayor que la resultante de la firma de un acuerdo de intercambio de información¹⁴³, puesto que exige la aplicación de impuestos sobre la renta que resulten cualitativamente comparables a los impuestos sobre la renta de las personas físicas y jurídicas establecidos en los países miembros de la OCDE. La firma de un CDI por parte del paraíso fiscal implica la prohibición de determinadas discriminaciones fiscales (art. 24 MCOCDE), mientras que la firma de un acuerdo de intercambio de información no lleva asociada esta prohibición. Pero, sobre todo, la firma de un CDI persigue la modificación de aquellos aspectos del sistema fiscal que poseen efectos perniciosos para España, mientras que mediante la firma de un acuerdo de intercambio de información fiscal únicamente se busca articular un canal de cooperación administrativa con el mismo, de forma que pasaría a ser un paraíso fiscal cooperante.

El segundo cambio se refiere al momento a partir del cual los países o territorios dejarán de ser calificados como paraísos fiscales. Ya no se producirá en el momento de entrada en vigor del CDI o acuerdo de intercambio de información, sino en el momento en que se produzca la efectiva aplicación del CDI o acuerdo, que puede coincidir o ser posterior al instante su entrada en vigor. La firma entre España y los “paraísos

¹⁴³ MARTOS, J. J., “Paraísos fiscales, territorios de nula tributación y territorios con los que no existe un efectivo intercambio de información”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 290, CEF, 2007, pág. 68.

fiscales” relacionados en el RD. 1080/1991 de un CDI con cláusula de intercambio de información o de un acuerdo de intercambio de información tendrá los efectos contemplados en el art. 2º del citado Real Decreto, que establece que “dejarán de tener la consideración de paraísos fiscales en el momento en que dichos convenios o acuerdos entren en vigor”. Es decir, el país o territorio que concluya con España este tipo de tratados internacionales deja de ser calificado “paraíso fiscal” a los efectos de la normativa fiscal española, lo cual significa que a partir de la entrada en vigor de los mismos no pueden aplicarse las medidas defensivas que la legislación fiscal española establece frente a países y territorios calificados como “paraísos fiscales”. Esto no implica que no puedan aplicarse otro tipo de cláusulas antiabuso a estos países o territorios, tan solo que dejará de aplicarse el régimen especial establecido para discriminar las operaciones realizadas con “paraísos fiscales”. La imposibilidad de establecer medidas defensivas tras la celebración de dichos convenios por parte de un “paraíso fiscal” se mantienen en tanto tales convenios permanezcan en vigor, de forma que la terminación e incluso la suspensión de los efectos de este tipo de tratados traería consigo el reingreso del país o territorio de que se trate en la “lista negra” de paraísos fiscales.

Esta definición de paraíso fiscal confirma el acercamiento a los criterios fijados por la OCDE respecto a los países o territorios que pueden ser considerados como paraísos fiscales, que identifican paraíso fiscal con jurisdicción no cooperante (uncooperative tax heavens). De este modo, en nuestra normativa, la calificación de un territorio como paraíso fiscal no depende del régimen o de la presión fiscal ejercida en ese territorio, sino de la existencia o no de un mecanismo de intercambio de información tributaria efectivo con España.

Como anteriormente se ha indicado la firma de un CDI con cláusula de información requiere que el país o territorio en cuestión modifique su sistema tributario de forma que, como mínimo, implante impuestos sobre la renta que resulten “cualitativamente comparables” a los impuestos sobre

la renta de las personas físicas y jurídicas establecidos en los países miembros de la OCDE. Por “cualitativamente comparables” hemos de entender que la estructura del impuesto, su hecho imponible y los elementos esenciales del mismo, deben estar configurados de forma que se grave la renta integral obtenida por las personas físicas o jurídicas¹⁴⁴. Es más, cierto sector doctrinal sostiene que además debe exigirse cierta “comparabilidad cuantitativa, en el sentido de exigir un cierto nivel de tributación efectivo”¹⁴⁵.

Así se contempla en el art. 2º del RD. 1080/ 1991, según la redacción dada por el RD. 116/ 2003, que establece que el CDI firmado con el “paraíso fiscal” debe contener una “cláusula de intercambio de información”, sin especificar el grado mínimo de intercambio exigible ni el modelo de convenio que debe seguirse para configurarla, si bien se viene aplicando en los últimos CDI celebrados por España el art. 26 del MCOCDE. Por otro lado, el art. 2º del RD. 1080/1991, de 5 de julio, contempla la posibilidad de que los países y territorios calificados como “paraísos fiscales” firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, y en tal caso no se requeriría el alineamiento del sistema tributario del paraíso fiscal con el de los países miembros de la OCDE en el sentido indicado más arriba para perder su condición de paraíso fiscal.

El informe, de 23 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Tributos¹⁴⁶ viene a solventar esta situación, y establece un nuevo marco en

¹⁴⁴ Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M. “La planificación fiscal internacional basada en el artículo 20 bis LIS: la sujeción a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al impuesto sobre sociedades español”, *Carta Tributaria*, Diciembre 2002.

¹⁴⁵ CALDERÓN CARRERO, J.M. Y MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Crónica Tributaria* nº 111, 2004.

¹⁴⁶ Informe de la Dirección General de Tributos, de 23 de diciembre de 2014, sobre

el que a partir del 1 de enero de 2015 no bastará con firmar un Convenio o Acuerdo, sino que también deberá existir un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos y se tendrán en cuenta los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información. De este modo la actualización de la lista ya no tiene carácter automático sino que deberá realizarse de manera expresa teniendo en cuenta los criterios relativos al efectivo intercambio de información antes señalados. Se mantiene en vigor la Disposición transitoria segunda de la Ley 36/2006, conforme a la cual “en tanto no se determinen reglamentariamente los países o territorios que tienen la consideración de paraíso fiscal, tendrán dicha consideración los previstos en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991”, pero según establece el Informe de Tributos, la actualización de la lista no tendrá a partir de ahora carácter automático sino que deberá realizarse de manera expresa y, se tendrán en cuenta los antedichos criterios en lo relativo a la existencia efectiva de intercambio de información, requisitos que Hacienda deberá validar.

De este modo Hacienda corrige la lista oficial de 48 paraísos que establece el Decreto 1080/1991 tras la firma de CDI's y Acuerdos por parte de 15 territorios que han perdido la consideración de paraíso: Andorra, Antillas Neerlandesas, Aruba, Chipre, Emiratos Árabes Unidos, Hong-Kong, Bahamas, Barbados, Jamaica, Malta, Trinidad y Tobago, Luxemburgo, Panamá, San Marino y Singapur.

Por último, conviene recordar que el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación con la prestación de

la vigencia de la lista actual de paraísos fiscales respecto a la entrada en vigor de la disposición final segunda de la Ley 26/2014. Disponible en http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/Lista_paraísos_fiscales_DGT.pdf

consentimiento del Estado español para obligarse a través de CDIs en el sentido de que se requiere la autorización previa de las Cortes Generales de acuerdo con el art. 94.1 CE, dado que “este tipo de convenios viene a delimitar el ámbito de aplicación de las leyes específicas reguladoras de diversos impuestos, afectando así al principio de aplicación territorial de los correspondientes tributos. De igual modo el Convenio quedaría comprendido en el párrafo e) del artículo 94.1 de la Constitución por recaer sobre aspectos de la potestad tributaria sometidos a reserva legal en el artículo 133 de la Constitución¹⁴⁷.”

I.6.3 LA POSICIÓN EUROPEA CONTRA LAS PRÁCTICAS FISCALES PERJUDICIALES.

La crisis económica y financiera ha llevado a un primer plano la lucha contra el fraude fiscal y el blanqueo del dinero, dada la creciente necesidad de todos los Estados de conseguir recursos con los que hacer frente a sus necesidades de financiación en un contexto de constantes caídas de recaudación, gastos sociales crecientes y crisis de la deuda pública. En estas circunstancias, la atención se centra en la lucha contra el fraude como medio de captar aquellos recursos tan necesarios para el Estado, máxime cuando resulta difícil incrementar la presión fiscal sobre los sujetos que efectivamente cumplen con sus obligaciones fiscales por lo que, señalan GRAU RUIZ y HERRERA MOLINA¹⁴⁸, la competencia fiscal se convierte en “un juego de intereses políticos y económicos perjudicial para aquellas rentas carentes de auténtica movilidad. La competencia fiscal debe valorarse negativamente desde el punto de vista de la justicia tributaria y, en definitiva, de una adecuada construcción de Europa. La competencia fiscal opera sobre el régimen jurídico de los rendimientos del

¹⁴⁷ Entre otros, Dictámenes 2. 753/95, 525/97, 4. 210/97, y 356/2000.

¹⁴⁸ HERRERA MOLINA, P.M. y GRAU RUIZ, M^a.A., “La armonización fiscal: límites y alternativas”, *Impuestos* nº. 10, mayo, 2002, págs. 30 y 31.

capital, dada su gran movilidad, pero no sobre los rendimientos del trabajo. Es más, en la medida en que la competencia fiscal produzca una pérdida recaudatoria ésta habrá de compensarse con un mayor gravamen sobre los rendimientos del trabajo”, añadiendo más adelante estos autores, que la competencia fiscal no supone sino “un peligro que no garantiza una asignación eficaz de los recursos”. Por todo ello es cada vez más frecuente escuchar las voces que se alzan en foros e instituciones internacionales reclamando la urgente necesidad de colaboración internacional en el ámbito tributario. Como respuesta a esta necesidad la Comisión Europea elaboró en 2009 la Comunicación “Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal” con la finalidad de conseguir la implantación a nivel comunitario de normas orientadas en este sentido¹⁴⁹. Quizá la acepción más correcta que cabe tomar del término “gobernanza”, a los efectos que aquí nos ocupan, la constituya la idea que se recoge en diversos documentos de organismos internacionales, tales como la OCDE o el FMI, que le atribuye al término el sentido de modo eficaz de gobierno de una sociedad¹⁵⁰. En la citada Comunicación la Comisión destaca los grandes beneficios que la globalización ha reportados a ciertos países, constituyendo un factor fundamental de la renta generada en los mismos¹⁵¹.

Sin embargo, la globalización económica y financiera no produce sólo efectos positivos, también acarrea efectos negativos entre los que se puede destacar la mayor facilidad que concede a la evasión y al fraude fiscal y el

¹⁴⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social Europeo *Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal*, COM (2009) 201 final, Bruselas, 28 de abril de 2009.

¹⁵⁰ THEOBALD, C., “The World Bank: Good Governance and the New Institutional Economics”, *Law and State* vol. 59/60, 1999, pág. 24.

¹⁵¹ DENIS, C., MC MORROW, K. Y RÖGER, W., “Globalisation: Trends, Issues and Macro Implications for the EU”, *Economic Paper*, nº 254, DG-ECOFIN, Comisión Europea, Bruselas, 2006.

incremento de la velocidad de transmisión de las turbulencias financieras y económicas. De esta forma el beneficio obtenido por determinados países o territorios deviene en perjuicio para otros¹⁵². La OCDE estimaba a finales de 2008 que los paraísos fiscales habían acaparado entre 5 y 7 billones de dólares en activos, reconociendo que tales cifras resultan una mera aproximación, dado que la existencia de secreto bancario en estas jurisdicciones impide determinar con exactitud las cantidades realmente depositadas en los mismos¹⁵³. De este modo, la necesidad de aumentar los cada vez más escasos ingresos se ve frenada por el fomento del fraude y la evasión fiscal desde los paraísos fiscales.

Pero esta situación no afecta solamente al ámbito económico trayendo los recursos tan necesarios en esta situación de crisis, sino que también se ven favorecidas actividades delictivas tales como el tráfico de drogas, que aprovechan las oportunidades de blanqueo que le proporcionan estos territorios¹⁵⁴. La Comisión es muy tajante respecto a la tentación de

¹⁵² COMISIÓN EUROPEA, *Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal*, COM (2009) 201 final, op. cit.:

“En un mundo caracterizado por la libre circulación de capitales, los paraísos fiscales y los centros financieros internacionales sujetos a una regulación insuficiente y que se niegan a respetar los principios de transparencia y de intercambio de información, pueden facilitar e, incluso fomentar, el fraude y la evasión fiscal, minando la soberanía tributaria de otros países y reduciendo sus ingresos

¹⁵³ GURRÍA, A., Secretario General de la OCDE, con motivo de la Conferencia sobre Lucha contra la Evasión y el Fraude Fiscal Internacional, París, 21 de Octubre de 2008.

¹⁵⁴ GUTIÉRREZ LOUSA, M., “La libre circulación de capitales: implicaciones para las Administraciones tributarias de los países miembros de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 299, 2009, pág. 7: “Siendo grave sus consecuencias de naturaleza fiscal, resulta más preocupante que determinadas actividades delictivas como el tráfico de drogas, armas y personas, así como la corrupción y el terrorismo, aprovechen el mercado interior y las libertades comunitarias para construir sólidas estructuras de poder de consecuencias imprevisibles”.

buscar la solución a estos problemas mediante el rechazo a la mundialización y el cierre de mercados por entenderlo contraproducente, recomendando la celebración de acuerdos con terceros países que establezcan normas comunes posibiliten la cooperación en todos los ámbitos, el fiscal inclusive

El camino de la resolución de estos problemas demanda la implantación de la “buena gobernanza en el ámbito fiscal”, instrumento fundamental para combatir el fraude y la evasión fiscal transfronterizos y para luchar contra el blanqueo de capitales, la corrupción y la financiación del terrorismo. Los Ministros de Finanzas de la UE definieron la buena gobernanza en el ámbito fiscal como la plasmación de los principios de transparencia, de intercambio de información y de competencia leal en materia tributaria¹⁵⁵.

La Comisión se hace así eco del cada vez más amplio contexto internacional respecto a la imperiosa necesidad de reforzar la cooperación administrativa internacional¹⁵⁶ en el ámbito del intercambio de

¹⁵⁵ Consejo (ECOFIN) de 14 de mayo de 2008

¹⁵⁶ En noviembre de 2008, los países del G-20 acordaron trabajar con vistas a la aplicación de normas de transparencia en el ámbito financiero a escala internacional y a la cooperación administrativa en el ámbito fiscal. En la reunión de Ministros de Finanzas y Gobernadores de los Bancos Centrales del G-20 celebrada el 14 de marzo de 2009, los ministros de finanzas de la UE hicieron hincapié en la necesidad de proteger el sistema internacional frente a la amenaza que suponen los países no transparentes, que se niegan a cooperar y que adolecen de una regulación poco estricta, incluidos los centros financieros extraterritoriales; solicitaron el establecimiento de un mecanismo de sanciones y pusieron de manifiesto la necesidad de intensificar las acciones encaminadas a lograr una buena gobernanza internacional en el ámbito fiscal (transparencia, intercambio de información y competencia justa en materia tributaria). Disponible en: https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/Communique_of_Finance_Ministers_and_Central_Bank_Governors_UK_14_March_2009.pdf

información¹⁵⁷ y de poner coto a los efectos perniciosos del secreto bancario¹⁵⁸. No obstante, la idea de gobernanza fiscal no puede considerarse la solución a todos los problemas, puesto que no puede dar respuesta por sí sola a las exigencias que plantea la lucha contra otros fenómenos tales como el blanqueo como producto de la delincuencia organizada, el terrorismo y la corrupción que, aunque no carecen de importancia fiscal, sí que plantean problemas específicos que requieren otro tipo de actuaciones¹⁵⁹.

Como ya se ha mencionado, aunque el problema de los paraísos fiscales se relacione en primera instancia con la evasión fiscal, pero no podemos olvidar que al amparo del blanqueo y del secreto bancario se desarrolla la delincuencia organizada. Al amparo de la normativa antiblanqueo

El Consejo Europeo de 19 y 20 de marzo ratificó en sus Conclusiones esta línea de acción. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/106815.pdf

¹⁵⁷ Poco antes de la reunión del G-20 en Londres el 2 de abril de 2009 algunos países reaccionaron mostrando su disposición a aplicar normas internacionales en materia de transparencia y a intercambiar información en lo sucesivo.

¹⁵⁸ En la cumbre de Jefes de Estado del G 20 celebrada en Londres el 2 de abril de 2009, se acordó adoptar medidas contra los países que se niegan a cooperar, incluidos los paraísos fiscales. Los Jefes de Estado se manifestaron dispuestos a imponer sanciones a fin de proteger sus finanzas públicas y sistemas financieros y declararon que había acabado la era del secreto bancario. Poco antes de la reunión del G-20, algunos países reaccionaron, mostrando su disposición a aplicar normas internacionales en materia de transparencia y a intercambiar información en lo sucesivo. Vid. G-20, *The Global Plan for Recovery and Reform*, Londres, 2 de abril de 2009, en https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/London_Declaration.pdf

¹⁵⁹ Así se manifiesta el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social Europeo *Fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal*

desarrollada en los últimos años se ha visto beneficiada la lucha contra la evasión fiscal, puesto que ha permitido alcanzar aquello que las Administraciones tributarias no habían conseguido en décadas, a saber: tener acceso a información sobre el beneficiario efectivo de entidades y de cuentas bancarias en el marco de operaciones sospechosa de conducta ilícita, con independencia de si se trata o no de un paraíso fiscal¹⁶⁰.

Surge así el problema de la necesidad de que exista una clara delimitación de los poderes y de las competencias de las distintas autoridades responsables de la lucha contra el fraude y contra el blanqueo, así como de establecer mecanismos de intercambio de información entre ellas¹⁶¹, lo que llevó al Comité Económico y Social a señalar en su Dictamen una serie de deficiencias:

- Deficiente coordinación orgánica entre la lucha contra la evasión fiscal y la lucha contra la delincuencia.
- Confusión de las funciones y competencias de las autoridades responsables de combatirlas.
- Estos fenómenos presentan características comunes, lo que dificulta su asignación competencial a un organismo concreto.

Todo ello es lo que lleva al Comité Económico y Social a concluir que

¹⁶⁰ El Comité Económico y Social puntualiza que la Directiva sobre el blanqueo de capitales (2005/60/CE) considera el fraude fiscal como un delito grave, lo que lleva al Comité a concluir que debería estar sujeto a las normas de dicha Directiva. La realidad normativa es que la evasión o el fraude fiscal es objeto de una serie de directivas específicas, y ello da lugar a que la evasión o el fraude terminen recayendo en el ámbito de acción exclusivo de las autoridades fiscales.

¹⁶¹ Según el Comité Económico y Social confirma “en ningún documento puede encontrarse siquiera la mínima mención de la necesidad de colaboración, intercambio de información y reparto de cometidos entre las distintas autoridades”

resulta absolutamente necesaria para que la lucha resulte eficaz la colaboración entre las diversas autoridades y propone la exclusión de la Directiva sobre el blanqueo 2005/60/CE de los delitos fiscales y financieros que no tengan un origen delictivo o terrorista. No obstante estas críticas o recomendaciones, el Comité manifiesta su pleno apoyo a las medidas contenidas en la Comunicación de la Comisión¹⁶².

I.6.3.1 La gobernanza fiscal en el seno de la unión europea

La Comisión enumera una serie de medidas acordadas por los Estados miembros cuyo objetivo es el de fomentar una mejor gobernanza en el ámbito fiscal dentro de la Unión Europea. Entre dichas medidas cabe destacar por su relación con el tema que nos ocupa las dos siguientes:

1.- Intercambio de información en el marco de la cooperación administrativa

La existencia de un mercado único donde se produce la libre circulación de capitales, personas y mercancías, así como la libre prestación de servicios, se encuentra con la realidad de la existencia de unas fronteras que delimitan la capacidad de actuar de las distintas Administraciones tributarias nacionales. Esta realidad ha llevado a la necesidad de establecer mecanismos de colaboración entre los estados miembros. La asistencia mutua en materia de información con relevancia fiscal, señala GRAU RUIZ, constituye el primero de estos mecanismos, al constituir el cauce fundamental de comunicación entre las autoridades fiscales competentes

¹⁶² El Dictamen del Comité señala de forma taxativa: “Ya era hora de que se trazara una línea de acción y de comportamiento en un tema tan complejo como la lucha contra la evasión fiscal en el marco de una buena gobernanza fiscal. El Comité no puede sino ofrecer su apoyo, y su pleno consenso, a todos y cada uno de los aspectos suscitados y a las medidas propuestas por la Comisión”

ubicadas en los distintos Estados¹⁶³. La cooperación en el ámbito de la recaudación tributaria también resulta fundamental para la lucha contra el fraude fiscal. Como respuesta a esta necesidad se plantea la necesidad de adoptar medidas que garanticen la asistencia mutua en material de recaudación fiscal¹⁶⁴.

En este sentido la Directiva relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad¹⁶⁵ que deroga la Directiva 77/799/CEE de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, dispone el intercambio de información relativa a determinados impuestos entre las autoridades tributarias, y la Directiva de Asistencia en la Recaudación Tributaria¹⁶⁶ establece un régimen en virtud del cual un Estado miembro puede solicitar asistencia de otro Estado miembro para el cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos e impuestos. La Directiva sobre fiscalidad de los rendimientos del ahorro¹⁶⁷ permite el intercambio automático de información entre las Administraciones tributarias, si bien se aplica exclusivamente a los

¹⁶³ GRAU RUIZ, M^a. A., “La revitalización del intercambio de información el marco de los Convenios” en MARTÍN DÉGANO, I., VAQUERA GARCÍA, A. y MENÉNDEZ GARCÍA, A., *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, Vol. 2, Lex Nova, Madrid, 2005, pág. 2386.

¹⁶⁴ PASCUAL GONZÁLEZ, M. M., “La asistencia mutua para el cobro de créditos entre Estados miembros de la Unión Europea”, *Nueva Fiscalidad*, nº 5, septiembre-octubre 2008, pág. 81 y ss.

¹⁶⁵ Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

¹⁶⁶ Directiva 2010/24/UE del Consejo de 16 de marzo de 2010, sobre asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas.

¹⁶⁷ Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003

rendimientos del ahorro de los particulares en forma de pago de intereses, y autorizaba inicialmente a tres Estados miembros a aplicar, transitoriamente, un régimen de retención a cuenta.

2.- La competencia fiscal perniciosa

Dada su escasa capacidad para luchar contra las medidas fiscales perniciosas por sus escasas competencias en la materia, para hacer frente a estas prácticas en el ámbito de las empresas europeas, la Unión Europea aprobó el “Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas”¹⁶⁸ con el fin de hacerles frente mediante un procedimiento de evaluación inter pares. La firma de este Código obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a aceptar que se revise la aplicación de sus políticas fiscales respecto de las normas sobre ayudas de Estado. Nos encontramos pues ante un medio eficaz, si no el único, en manos de la Unión Europea para luchar contra las medidas susceptibles de ocasionar competencia fiscal perniciosa.

I.6.3.2 Los intentos para alcanzar una cooperación en el ámbito fiscal en el plano internacional

Los intentos para alcanzar una cooperación en el ámbito fiscal en el plano internacional en materia de lucha contra la competencia fiscal perniciosa encuentran su inspiración en la OCDE. La actividad de dicho organismo tiene como objetivo común con la Unión Europea la mejora de la cooperación en el ámbito fiscal¹⁶⁹, coincidiendo en sus dos aspectos

¹⁶⁸ LCEur 1998, 210. Disponible en:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm#code_conduct

¹⁶⁹ Un claro ejemplo lo constituye la “Declaración de Doha sobre la financiación para el desarrollo” fruto de la Conferencia Internacional de Seguimiento sobre Financiación para el Desarrollo celebrada del 29 de noviembre al 2 de diciembre de 2008.

fundamentales:

1º.- El desmantelamiento de los regímenes fiscales preferenciales vigentes en sus treinta Estados miembros, si bien con alcance más reducido en el caso de la OCDE que en el de la Unión. Los criterios marcados por la OCDE son similares a los recogidos en el Código de conducta de la Unión Europea sobre la fiscalidad de las empresas.

2º.- Conseguir la cooperación de terceros países, incluidos los denominados paraísos fiscales. Fruto de su actuación, la OCDE obtuvo el compromiso de treinta y cinco de esos países de establecer una auténtica cooperación con los miembros de la OCDE sobre transparencia e intercambio de información en el ámbito fiscal. El compromiso consiste fundamentalmente en respetar la norma internacional de la OCD que exige el intercambio de información fiscal previa petición sin poder denegarla amparándose en consideraciones de interés nacional ni de secreto bancario. Ante la amenaza de elaborar una lista de países no cooperantes en la reunión del G-20 del 2 de abril de 2009, algunos países se comprometieron a aceptar dichas normas¹⁷⁰.

En la búsqueda de acuerdos con terceros países tratando de alcanzar la aplicación de los principios que inspiran la Comunicación “Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal” la Unión Europea ha adoptado medidas en diversos aspectos, entre los que destacan:

a) Fiscalidad del ahorro

Medidas idénticas o equivalentes a las que se contemplan en la Directiva comunitaria sobre fiscalidad del ahorro¹⁷¹ se aplican a territorios

170 Andorra, Austria, Bélgica, Chile, Hong-Kong, Liechtenstein, Luxemburgo, Macao, Mónaco, Singapur y Suiza.

171 Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses

asociados o dependientes de Estados miembros que tenían la consideración de paraísos fiscales, así como en terceros países¹⁷².

Además, en la propia Comunicación se recoge el hecho de que la Comisión, dando cumplimiento a un mandato del Consejo ECOFIN, ha entablado “contactos exploratorios con Hong Kong, Macao y Singapur sobre la aplicación de disposiciones equivalentes a las establecidas en la mencionada Directiva”, y que “dichos contactos no han desembocado aún en la apertura de negociaciones formales”.

b) Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas.

Como se señaló anteriormente, la adopción del Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas por los Estados miembros les compromete a garantizar la aplicación del principio de supresión de la competencia fiscal perniciosa en los territorios dependientes o asociados a ellos y a fomentar la adopción de ese principio por parte de terceros países. En el Programa de Trabajo 2009-2010 del Grupo sobre el Código de conducta de la Unión Europea se abordó esta cuestión.

c) Relaciones con Suiza y los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo.

La Unión Europea mantiene relaciones estrechas con Suiza y con Islandia, Liechtenstein y Noruega, estos tres últimos países pertenecientes al denominado Espacio Económico Europeo (en adelante EEE). La normativa comunitaria sobre el Mercado Interior se aplica directamente a los países del EEE, obligados además por el propio Acuerdo EEE que incluye normas equivalentes a las normas sobre ayudas de Estado de la Unión Europea, sometidas al control del Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de libre comercio (AELC). Suiza, en virtud del

¹⁷² Suiza, Liechtenstein, San Marino, Mónaco y Andorra.

Acuerdo de Libre Comercio firmado entre la Unión Europea y Suiza en el año 1972, está sujeta a normas similares.

Como señala la propia Comunicación, “ello limita la posibilidad de que dichos países establezcan regímenes fiscales que falseen la competencia. De hecho, la Comisión ha denunciado recientemente algunos regímenes fiscales suizos destinados a las sociedades y mediante los cuales se les concede ventajas que la Comisión considera ayudas estatales”.

El Consejo de Ministros de Finanzas de los Estados miembros de la Unión Europea (ECOFIN) ha instado a Liechtenstein a que intensifique su cooperación fiscal con la Unión Europea en el ámbito administrativo, judicial y de lucha contra el fraude. Respecto a este último aspecto se están llevando a cabo negociaciones entre la Unión Europea y Liechtenstein para alcanzar un nuevo acuerdo de lucha contra el fraude en el que se incluya la cuestión del intercambio de información sobre los impuestos directos¹⁷³. La Unión Europea se muestra optimista, dado el compromiso adquirido por este país de respetar las normas de la OCDE en materia de transparencia e intercambio de información.

d) La Política Europea de Vecindad

La Comunicación define los programas de acción como “instrumentos de cooperación económica y política entre la Unión Europea y los países socios que permiten avanzar en el cumplimiento de los compromisos y objetivos que figuran en los acuerdos de asociación y cooperación”.

La Comisión señala asimismo que en los diversos programas de acción acordados con los países a los que se aplica esta política, se alude de forma general a la cooperación en el ámbito fiscal y que en muchos de ellos se incluye una referencia específica a los principios de transparencia, al

¹⁷³ En este sentido vid. COMISION EUROPEA, *Combatir el fraude y la evasión fiscal*, 22 de mayo de 2013. Disponible en http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax_es.pdf

intercambio de información y al Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas.

e) La política de ampliación

La política de ampliación de la Unión Europea exige por parte de los países candidatos y los países candidatos potenciales, la incorporación gradual de la legislación comunitaria a los ordenamientos nacionales, incluyendo la referida al ámbito fiscal. Por ello la Comisión señala que “la buena gobernanza es uno de los aspectos que la estrategia de ampliación trata de abordar en una fase temprana del proceso de preadhesión”.

f) La aplicación de las conclusiones del ECOFIN de mayo de 2008

La Comisión ha entablado negociaciones con terceros países con vistas a la inclusión en los acuerdos de una disposición sobre gobernanza en el ámbito fiscal conforme a las conclusiones del ECOFIN de mayo de 2008. Esta pretensión ha sido generalmente bien acogida, si bien algunos países se mostraron reacios.

g) La Política de Cooperación y Desarrollo

La Comisión estableció ayudas para los países en desarrollo dispuestos a adherirse a los principios de buena gobernanza, en el ámbito fiscal, pudiendo además quienes adquieran, en el marco del décimo Fondo Europeo de Desarrollo, compromisos concretos (programa de acción sobre gobernanza) obtener una dotación adicional en función de su grado de compromiso. Para asegurar su mantenimiento, en 2014 se establecieron medidas transitorias para la gestión de este Fondo hasta que entre en vigor el Acuerdo interno para el undécimo Fondo Europeo de Desarrollo¹⁷⁴.

¹⁷⁴ REGLAMENTO (UE) Nº 567/2014 del Consejo, de 26 de mayo de 2014, que modifica el Reglamento (CE) nº 215/2008 por el que se aprueba el Reglamento

Varios países del Caribe y del Pacífico se han beneficiado de esta política adquiriendo compromisos sobre estos principios de gobernanza¹⁷⁵. Otros, o bien no se han decidido hasta el momento, o bien la han rechazado¹⁷⁶.

I.6.3.3 Propuestas de la Comisión para fomentar el principio de gobernanza fiscal en el seno de la unión europea y en su relación con otros actores internacionales

En su Comunicación la Comisión entiende que fomentar la buena gobernanza en el ámbito fiscal exige la combinación de medidas internas de la UE con acciones destinadas a terceros países.

1- Las iniciativas internas

En su Comunicación, la Comisión solicitó al Consejo la adopción en el

financiero aplicable al décimo Fondo Europeo de Desarrollo en lo referente a la aplicación del período transitorio entre el décimo Fondo Europeo de Desarrollo y el undécimo Fondo Europeo de Desarrollo hasta la entrada en vigor del Acuerdo interno para el undécimo Fondo Europeo de Desarrollo

¹⁷⁵ Dirección General para el Desarrollo, “Documento sobre estrategia regional”, 10ª edic. Disponible en http://www.ec.europa.eu/development/geographical/methodologies/strategypapers10_en.cfm.

La Decisión 2013/759/UE del Consejo establece medidas transitorias de gestión del Fondo Europeo de Desarrollo (FED), en forma de crédito puente, para garantizar la disponibilidad de fondos para la cooperación con los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP) y con los países y territorios de ultramar (PTU), así como para los gastos de apoyo, desde el 1 de enero de 2014 hasta la entrada en vigor del Acuerdo interno para el undécimo FED.

¹⁷⁶ Antigua y Barbuda, Las Bahamas y Liberia no han adquirido compromisos en el ámbito fiscal en virtud del Décimo Fondo Europeo de Desarrollo.

menor plazo posible de tres propuestas y que, junto a ello, conceda la adecuada prioridad a una cuarta acción. Las tres propuestas sobre las que se solicitaba una rápida adopción fueron:

a.- Sustituir la Directiva 77/799/CEE sobre asistencia mutua.

Ya en febrero de 2009, la Comisión presentó una propuesta en dicho sentido¹⁷⁷ que recogía nuevos instrumentos prácticos para intensificar la cooperación administrativa (formularios, formatos, canales y administración comunes. Pero el aspecto más importante de la propuesta quizás lo constituía la prohibición a los Estados miembros de aducir el secreto bancario aplicado a los no residentes para negarse a suministrar información a un Estado miembro en relación con un contribuyente residente en el mismo. Fruto de esta propuesta nace la Directiva 2011/16/UE.

b.- Reemplazar la Directiva 2008/55/CE sobre asistencia mutua en materia de cobro¹⁷⁸.

Lo que se pretendía con dicha propuesta era incrementar la asistencia entre Administraciones tributarias dotándolas de una mayor capacidad de cobro de los impuestos no satisfechos, colaborando de este modo a la lucha contra el fraude fiscal. La Directiva 2010/24/UE¹⁷⁹ sobre asistencia mutua

¹⁷⁷ COMISIÓN EUROPEA, Proposition de Directive du Conseil relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal, COM (2009) 29 de 2 de febrero de 2009.

¹⁷⁸ Directiva 2008/55/CE del Consejo, de 26 de mayo de 2008 , sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas

¹⁷⁹ Directiva 2010/24/UE del Consejo de 16 de marzo de 2010, sobre asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas.

en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas da cumplimiento a la propuesta, derogando la anterior.

c.- Modificar la Directiva sobre fiscalidad de los rendimientos del ahorro.

Con la propuesta presentada por la Comisión en 2008¹⁸⁰ se pretendía ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva, extendiéndolo a los pagos de intereses efectuados a residentes en la Unión Europea efectuados a través de “estructuras intermedias exentas de tributación y establecidas en países no pertenecientes a la Comunidad”. Esta y otras modificaciones resultaban de la máxima urgencia para la Comisión, que insta al Consejo para su inmediata ejecución con el fin de proponerlas a aquellos países en los que se estén aplicando “medidas idénticas o equivalentes”. La cumbre de jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea celebrada en mayo de 2014 en Bruselas finalizó con el compromiso por parte de Austria y Luxemburgo de levantar antes de fines de año el veto que desde 2008 imponían a la revisión de la Directiva sobre la fiscalidad del ahorro que plantea un mayor intercambio automático de información entre los Estados miembros.

d.- La cuarta medida se refería al Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, limitándose a la recomendación de “proseguir los trabajos relacionados con el mantenimiento del statu quo y con el desmantelamiento de las medidas perniciosas de fiscalidad empresarial aplicadas en los Estados miembros de la UE”.

2- Acciones destinadas a terceros países

¹⁸⁰ Consejo de Europa, Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, COM (2008) 727 de 13 de noviembre de 2008.

Las propuestas realizadas por la Comisión respecto a terceros países fueron las siguientes:

- a.- Concesión por parte de el Consejo de prioridad política a la cuestión de la gobernanza en el ámbito fiscal.
- b.- Establecer un diálogo político con carácter previo al inicio de las negociaciones comerciales con aquellos países previsiblemente poco proclives a adoptar los principios de la gobernanza en el ámbito fiscal “con la finalidad de facilitar el desarrollo de las mismas”.
- c.- Petición al Consejo para que le sea concedida a la Comisión “suficiente flexibilidad a la hora de negociar los aspectos relacionados con la redacción siempre que se preserven los elementos básicos y los objetivos de buena gobernanza, de modo que pueda negociar soluciones que se adapten mejor al caso concreto de cada país”.
- d. Introducción en los acuerdos con terceros países de disposiciones similares a las que se aplican en el seno de la Unión Europea para el control de las ayudas de Estado. La Comisión considera que de ese modo se reforzaría “la competencia leal entre los Estados miembros y los terceros países en el ámbito de la fiscalidad de las empresas, y se podría luchar, por ejemplo, contra las prácticas distorsionadoras perjudiciales para los presupuestos y las empresas de los Estados miembros, prácticas que no están necesariamente reguladas por las normas de la OMC”.
- e.- Celebración de acuerdos específicos de lucha contra el fraude fiscal en los que se incluyan disposiciones sobre transparencia e intercambio de información con fines tributarios, fundamentalmente con aquellos países reacios a cooperar. Autores como PASCUAL GONZÁLEZ han vertido críticas sobre esta propuesta, señalando que difícilmente

aceptarán tales acuerdos aquellos países que se niegan a cooperar¹⁸¹. Pese a ello, la Comisión se mostraba convencida de que así se aceleraría el proceso de cumplimiento de los compromisos de mayor transparencia e intercambio de información.

f.- Ampliación del ámbito geográfico de aplicación de la disposición especial contenida en la Directiva sobre la fiscalidad del ahorro que tenía por objeto permitir a los tres estados miembros destinatarios de la misma (Austria, Bélgica y Luxemburgo, inicialmente) la aplicación de una retención en la fuente como alternativa a la comunicación de la información, conocido como “período transitorio” (arts. 10 a 15 de la Directiva). Esta excepción tiene su origen en la existencia de una arraigada tradición en materia de secreto bancario en los Estados miembros mencionados, estableciéndose como un mecanismo de protección¹⁸². Este mecanismo ha sido ya adoptado en los acuerdos celebrados entre la Unión Europea y Liechtenstein, Suiza, Mónaco, Andorra y San Marino. La Comisión hizo hincapié en la necesidad de entablar negociaciones con nuevos terceros países, en especial con Singapur, Hong-Kong y Macao, inspiradas por el nuevo concepto de transparencia e intercambio de información y con la finalidad de obtener de estos países la aplicación de medidas equivalentes a las contempladas en la Directiva sobre fiscalidad del ahorro.

3- La cooperación al desarrollo y la política de estímulos

La Comisión contempla la necesidad de analizar la coherencia entre la

¹⁸¹ PASCUAL GONZÁLEZ, MARCOS M. “Nueva perspectiva financiera del blanqueo de capitales”, *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 17/2011 (Estudio), Editorial Aranzadi, Pamplona. 2011.

¹⁸² PASTORIZA VÁZQUEZ, J. S., “Il periodo transitorio nella direttiva risparmio”, *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* núm. 3, 2007, nota al pie núm. 52, pág. 280.

ayuda financiera brindada por la UE y la concesión de acceso a los mercados comunitarios en favor de determinados países, y el grado de adhesión de estos últimos a los principios de buena gobernanza. De igual modo, considera necesario intensificar los esfuerzos realizados en el seno de la Unión Europea para fomentar la gobernanza en el ámbito fiscal en terceros países que pueden recibir ayuda al desarrollo. A tal fin se propusieron las siguientes medidas:

a.- Control del grado de desarrollo de la gobernanza a fin de adoptar, en su caso, las medidas oportunas. Dicho control deberá hacerse en el contexto de las revisiones intermedias de los programas de ayuda, y, más en concreto, de la revisión intermedia del décimo FED, así como evaluación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por algunos países en materia de gobernanza en el ámbito fiscal.

b.- Posible reasignación de fondos en favor de aquellos países que estén cumpliendo satisfactoriamente sus compromisos y posible retirada de los fondos asignados a los países que no cumplan con los mismos.

c.- Suministro de la asistencia técnica necesaria para que los países hagan frente a sus compromisos en materia de gobernanza en el ámbito fiscal. En el caso de que un país así lo solicite, se prestará asistencia para la creación de un sistema tributario eficaz que permita al país movilizar mejor los recursos disponibles.

d.- La inclusión de una disposición específica relacionada con la gobernanza en el ámbito fiscal cuando se procediera a la revisión del Acuerdo de Cotonú¹⁸³, circunstancia que se produjo mediante el Acuerdo

¹⁸³ Acuerdo de Asociación firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000 entre los miembros del grupo de países de África, el Caribe y el Pacífico y la Unión Europea y sus Estados miembros. Finalmente fue modificado por el Acuerdo firmado en Uagadugú, Burkina Faso, el 22 de junio de 2010, DO L 287, el 22 de junio de 2010.

de Uagadugú el 22 de junio de 2010¹⁸⁴.

La Comisión también consideraba necesario analizar la posibilidad de introducir un criterio suplementario en la evaluación del cumplimiento de los requisitos para obtener financiación en el marco de los instrumentos comunitarios de ayuda exterior. Dicho criterio estaría vinculado a la aplicación de los principios de gobernanza en el ámbito fiscal por parte de los terceros países. Además, podría evaluarse la posibilidad de establecer una dotación adicional en favor de los países y territorios cooperantes, destinada, por ejemplo, a la asistencia técnica o al envío de expertos. Respecto a lo anterior, la Comisión recibió el respaldo del Comité Económico y Social, quien en su Dictamen expresa su deseo de que la Unión Europea “adopte un planteamiento firme y responsable o, para expresar esta idea sin ambages, considera que debería ponerse fin a la política de ayudas incondicionales y sin contrapartidas”, proponiendo la inclusión en la política comunitaria de ayudas de la idea de “merecimiento” por parte de los receptores. Este merecimiento se acreditaría con la demostración palpable de su deseo de colaboración en el ámbito fiscal entre otros.

No obstante, aunque la aplicación de políticas coherentes en relación con los terceros países es fundamental de cara al desarrollo de los principios de gobernanza en el ámbito fiscal, ésta no debe limitarse a los acuerdos que la Unión Europea suscriba con terceros países. Por ello, la Comisión considera necesario que los Estados miembros adopten medidas similares a las descritas en sus programas de ayuda bilateral. A tal fin la Comisión, en nombre de la Unión Europea, hace un llamamiento a los

¹⁸⁴ El Marco Financiero Plurianual para el período 2014-2020 se fijó en la Decisión nº 1/2013 del Consejo de Ministros ACP-UE, de 7 de junio de 2013, por la que se adopta un protocolo sobre el Marco Financiero Plurianual para el período 2014-2020 conforme a lo estipulado en el Acuerdo de Asociación ACP-UE. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2013-81247>

Estados miembros a que incrementen la coordinación de sus políticas de ayuda.

4- La coordinación internacional de las políticas fiscales

Frente a la intención de las instituciones comunitarias de extender los principios de la gobernanza en el ámbito fiscal a terceros países mediante la firma de acuerdos, se alza la realidad de que la competencia fiscal perniciosa o desleal proviene, en muchos casos, de los propios Estados miembros.

De ahí que la Comisión manifieste la necesidad de examinar el grado de coherencia entre los principios de gobernanza en el ámbito fiscal y las políticas tributarias de los propios Estados miembros, incluidos los acuerdos bilaterales con terceros países en materia fiscal, señalando la trascendencia de asegurarse de que los Estados miembros no generen, mediante sus tratados bilaterales en el ámbito fiscal, nuevas oportunidades para eludir impuestos en otros Estados miembros o para substraerse a las normas comunitarias. Además del beneficio que conlleva la eliminación de las distorsiones en el mercado causadas por una competencia fiscal perniciosa, la inclusión de las obligaciones en materia de gobernanza en los acuerdos celebrados entre la Unión Europea y terceros países confiere a los Estados miembros, a juicio de la Comisión, mayor poder de negociación en sus relaciones bilaterales con esos países.

La Comisión sugiere que los Estados miembros adopten una estrategia más coordinada respecto a los terceros países y que estuviera vinculada a la adhesión de estos últimos a los principios de buena gobernanza en el ámbito fiscal, señalando, a título de ejemplo, que un tercer país que respetara estos principios podría ser eliminado de las “listas negras” nacionales evitando la aplicación de medidas anti-abuso frente a sus prácticas fiscales, mientras que los países que no aplicaran de forma

satisfactoria los aspectos fundamentales de la gobernanza en el ámbito fiscal, podrían ser objeto de medidas de respuesta coordinadas¹⁸⁵.

Por último señalar que la Comisión consideró necesario alcanzar “una mayor coordinación de las posturas de los Estados miembros de la Unión Europea en los debates mantenidos en el seno de la OCDE, el G-20 y las Naciones Unidas sobre buena gobernanza en el ámbito fiscal, a fin de ejercer mayor presión en las relaciones con países no cooperantes”.

I.6.3.4 Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales

En un contexto de crisis económica la reducción del déficit público mediante el aumento de los ingresos fiscales constituye el principal objetivo de la política económica de la UE, por lo que reducir el fraude y la evasión fiscal resulta indispensable. Así queda de manifiesto en la Comunicación de la Comisión, de 27 de junio de 2012, sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, también en relación con terceros países¹⁸⁶, que en sus conclusiones

¹⁸⁵ El Dictamen del Comité Económico y Social señala al respecto:

“Obtener transparencia y lograr la colaboración de los paraísos fiscales constituiría un éxito histórico. Las áreas de opacidad que aún persisten, y que probablemente seguirán existiendo, demuestran que, más allá de los grandes principios, hay que guiarse por objetivos razonables, aunque no sean los mejores posibles. Por último, cabe mencionar la necesidad de que las iniciativas en los ámbitos financiero y fiscal se sometan a la guía y el control de los poderes políticos, en el contexto de sus estrategias en materia de relaciones internacionales. A este respecto, la Unión Europea necesita una política común: un objetivo que los gobiernos deberían considerar prioritario pero que, en la situación actual, aún parece lejano”.

¹⁸⁶ Comunicación de la Comisión, de 27 de junio de 2012, sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, también en relación con terceros países (COM(2012)0351 final).

manifiesta la intención de proponer antes de fin de ese mismo año un plan de acción con medidas concretas para reforzar la cooperación administrativa, a partir de la vigente política de buena gobernanza, en el que se tratarán *“las cuestiones más generales de interacción con los paraísos fiscales y de lucha contra la planificación fiscal agresiva y otros aspectos, como los delitos relacionados con la fiscalidad”*.

Ello lleva a la aprobación del Plan de Acción para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal presentado por la Comisión, cumpliendo con el mandato del CE de marzo de 2012, en diciembre del mismo año, a través de una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 6 de diciembre de 2012 en la que se contemplan una gran variedad de medidas para luchar contra el fraude y la evasión fiscal¹⁸⁷, a la que se unieron dos Recomendaciones. La primera Recomendación¹⁸⁸ la necesidad de forjar criterios comunes en la Unión para la identificación de los paraísos fiscales, fija criterios para la identificación de países que no cumplan las normas mínimas de buena gobernanza fiscal y enumera una serie de medidas que los Estados miembros pueden adoptar en detrimento de éstos y a favor de los que sí lo hagan. En las conclusiones del Ecofin de 14 de mayo de 2013 sobre el fraude y la evasión fiscal se señala la posibilidad de elaborar una lista de paraísos fiscales.

La segunda Recomendación¹⁸⁹ se refiere a la planificación fiscal agresiva. Se reconoce la dificultad de aplicar medidas nacionales en un

¹⁸⁷ Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, de 6 de diciembre de 2012, COM(2012) 722/2

¹⁸⁸ Recomendación de la Comisión relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal, de 6 de diciembre de 2012. C (2012) 8805 final.

¹⁸⁹ Recomendación de la Comisión sobre la planificación fiscal agresiva, de 6 de diciembre de 2012. C (2012) 8806 final..

contexto de globalización dado el alto riesgo de deslocalización de las actividades económicas. También contempla el problema de la erosión de bases que se da en este contexto. Como medio de lucha contra esta planificación agresiva la Comisión recomienda incluir en los CDI's que celebren los Estados miembros con terceros una cláusula para evitar la doble no imposición y propone una norma general antifraude para su adopción por los Estados miembros.

El dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 17 de abril de 2013¹⁹⁰ respalda el plan de acción de la Comisión, en especial sus iniciativas relativas a la mejora del intercambio automático de información. El Parlamento Europeo aprobó la Resolución del 21 de mayo de 2013¹⁹¹ en la que acoge con satisfacción el plan de acción de la Comisión y sus recomendaciones, instando a los Estados miembros a refrendarlo y cumplir sus compromisos, señalando que la UE debería asumir un papel destacado en los debates sobre la lucha contra el fraude, la evasión fiscal y los paraísos fiscales, fomentando el intercambio automático de información.

Dado el carácter eminentemente internacional del fraude y la evasión fiscal, los Estados miembros solo pueden abordar eficazmente ese problema de forma conjunta, por lo que la Comisión propone como objetivo central del Plan la mejora de la cooperación administrativa entre las Administraciones tributarias de los Estados miembros, facilitando el intercambio de información y mejorando y simplificando los trámites administrativos.

¹⁹⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 17 de abril de 2013, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal" -COM (2012) 722 final- CESE 101/2013.

¹⁹¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2013 sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales -2013/2025 (INI)-.

El plan recoge un total de 34 medidas que abarcan las iniciativas para la lucha contra el fraude que ya estaban en curso junto a nuevas propuestas en las que avanzar en el corto y medio plazo. El Plan recoge las siguientes iniciativas y medidas destinadas a mejorar el uso de los instrumentos existentes:

-Mejora de la cooperación administrativa entre las Administraciones Tributarias europeas, especialmente en el marco de la nueva Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

-Cerrar los resquicios en materia de fiscalidad del ahorro, lo que supone aprobar la modificación de la Directiva sobre el ahorro.

-Proyecto de acuerdo contra el fraude y de cooperación en materia fiscal con Liechtenstein.

- Introducir mecanismos de reacción rápida contra el fraude en el ámbito del IVA.

- Introducir la aplicación optativa del mecanismo de inversión del sujeto pasivo del IVA.

- Creación del Foro de la UE sobre el IVA.

- Aprobar la Recomendación relativa a las medidas destinadas a alentar a los terceros Estados a aplicar normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal.

- Aprobar la Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva.

- Creación de una plataforma de buena gobernanza fiscal.

- Introducir mejoras en el ámbito de las prácticas perjudiciales en materia de fiscalidad de las empresas y ámbitos afines.

- Creación del Portal “NIF en EUROPA”.

- Aprobar formularios normalizados para el intercambio de información en el terreno de la fiscalidad.

Entre las acciones futuras a desarrollar se señalan:

- Revisión de la Directiva europea sobre sociedades matrices y filiales, 2011/96/UE.
- Revisión de las disposiciones contra las prácticas abusivas en la legislación de la UE.
- Promover la norma de intercambio automático de información en los Foros internacionales.
- Creación de un “Código del Contribuyente europeo”.
- Reforzar la cooperación con otras instancias encargadas de hacer cumplir la Ley.
- Promover el uso de inspecciones simultáneas y la presencia de funcionarios extranjeros en las auditorías fiscales y desarrollar una metodología para auditorías conjuntas.
- Obtener una autorización del Consejo para iniciar negociaciones con terceros Estados con el fin de alcanzar acuerdos bilaterales de cooperación administrativa en materia del IVA.
- Desarrollar un formato informatizado para el intercambio automático de información.
- Asegurar la trazabilidad de los flujos monetarios.
- Mejorar las técnicas de gestión de riesgos.
- Ampliar Eurofisc a los impuestos directos.
- Crear un sistema de “ventanilla única” en todos los Estados miembros.
- Incentivar el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales.
- Creación de un portal “web” sobre fiscalidad.
- Armonizar las sanciones penales y administrativas en el ámbito fiscal.
- Desarrollar el acceso directo mutuo a las Bases de Datos nacionales.
- Elaborar un instrumento jurídico único para la cooperación

administrativa europea en todos los impuestos.

II EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL EN ESPAÑA

Sumario

II.1. EL INTERCAMBIO DE INFORMACION EN ESPAÑA: LA ESPECIAL RELEVANCIA DEL ART. 26 MCOCDE II.2. REGULACIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL AMBITO FISCAL: LA DIRECTIVA 2011/16 II.2.1. Intercambio de información previa solicitud II.2.2. Intercambio automático de información II.2.3. Intercambio espontáneo de información II.2.4. Otros aspectos destacables de la Directiva 2011/16 II.3. INFLUENCIA DEL SECRETO BANCARIO EN EL DESARROLLO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN HISPANO-SUIZO II.3.1. El instituto del secreto bancario en España II.3.2. Configuración legal del secreto bancario en Suiza II.4. REGULACIÓN LEGAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL CDI ESPAÑA-SUIZA

II.1 EL INTERCAMBIO DE INFORMACION EN ESPAÑA: LA ESPECIAL RELEVANCIA DEL ART. 26 MC OCDE

A pesar de la evidencia de que la información resulta imprescindible en la aplicación de los tributos y en la lucha contra el fraude fiscal y el delito en general¹⁹², hace 40 años en España no existía apenas información de trascendencia tributaria al servicio de la administración de los tributos. El

¹⁹² MANTERO, A., *Procedimiento de la Inspección Tributaria*, 2ª ed., Ministerio de Hacienda, 1981, pág. 231. En este manual de la Escuela de Inspección Financiera y tributaria sostenía que “si las guerras se ganan, al decir del gran corso, con tres cosas: dinero, dinero y dinero, la que puede denominarse guerra inspectora contra el fraude, sólo puede ganarse con otras tres: información, información e información”.

resultado de esa carencia era un incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias y una recaudación mediocre, apoyada principalmente en los impuestos indirectos. De hecho, los únicos elementos de control cruzado sobre las empresas de que disponía la Administración en aquel entonces eran los que arrojaban las relaciones anuales de proveedores y clientes establecidas en el ámbito reglamentario del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, que adolecían de notables insuficiencias y limitaciones técnicas.

La Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, inició un cambio fundamental en materia de información tributaria, sometiendo al deber de colaboración que se regulaba en el desaparecido artículo 111 de la Ley General Tributaria de 1963 a las entidades financieras¹⁹³. No obstante, su aplicación práctica planteó numerosos problemas que llegan hasta nuestros días a pesar de los cambios normativos producidos con posterioridad.

Se inicia así en España el desarrollo de un sistema de información tributaria en el que el tratamiento automatizado de datos posibilitó la implantación del “nuevo procedimiento de gestión”, y que resultó decisivo, ya que una información masiva tratada manualmente carece de utilidad práctica para la Administración tributaria¹⁹⁴. No obstante, como ya se señaló anteriormente, el problema de la información a nivel interno se fue convirtiendo en un problema de intercambio de información en la medida

¹⁹³ Artículo 111 Ley 230/1963 de 28 de diciembre, Ley general tributaria, BOE 31 de diciembre de 1963.

“1. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas.”

¹⁹⁴ Vid supra. MANTERO, A., *Procedimiento de la Inspección Tributaria*, op. cit., págs. 294 y ss.

en que, con la globalización y la inclusión de España en la UE, el fraude fiscal no se detiene en las fronteras de los Estados, sino que tiende a apoyarse en las dificultades de obtención de información y en las facilidades de ocultación que proporcionan determinados países y territorios, principalmente por el mantenimiento del secreto bancario o simplemente por su negativa a facilitar información sobre bienes y activos financieros situados en sus territorios¹⁹⁵.

La política española en materia de intercambio de información tributaria está claramente condicionada por su pertenencia a la OCDE y a la UE, lo que conlleva la utilización de los instrumentos normativos adoptados en el seno de cada una de estas organizaciones internacionales. La participación en sistemas de intercambio de información internacionales no puede llevarse a cabo sin disponer previamente de un sistema de información interno firmemente asentado. Este requisito pudo considerarse alcanzado en 1986¹⁹⁶ por lo que ya estaba en condiciones de plantearse el complementar los resultados del sistema interno con la información que pudiera obtenerse a través de los procedimientos internacionales desarrollados a tal efecto¹⁹⁷.

¹⁹⁵ CRUZ AMORÓS, Miguel “El intercambio de información y el fraude fiscal”, *Información Comercial Española*, núm. 825, septiembre-octubre de 2005, pág. 174.

¹⁹⁶ En 1986 España se incorpora a la Unión Europea, lo que le obliga a implantar el IVA, en cuyo cumplimiento juega un papel decisivo el intercambio de información.

¹⁹⁷ D.A. vigésima octava de la Ley de Presupuestos para 1987 establecía:

“... el Ministerio de Economía y Hacienda procederá, en los términos que reglamentariamente se establezcan, al intercambio de información con trascendencia tributaria, en materia de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y Sociedades, extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas y sobre el Valor Añadido, con las autoridades competentes de los otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea conforme a las Directivas del Consejo número 77/799 CEE y 79/1070 CEE, de 19 de diciembre de 1977, y 6 de diciembre de 1979, respectivamente”.

Posteriormente, el empuje de un mundo globalizado, donde la libre circulación de personas y capitales combinadas con la facilidad de comunicaciones y el relajamiento de controles fronterizos, permiten la deslocalización fiscal de las personas y el desplazamiento de activos financieros a localizaciones opacas con relativa facilidad¹⁹⁸ ha reforzado la importancia del intercambio de información, no sólo en la lucha contra el fraude fiscal y la competencia fiscal perniciosa, sino también en la lucha contra el blanqueo de capitales y en la armonización fiscal en la Unión Europea con proyección extraterritorial en lo referente a la armonización fiscal del ahorro. De este modo, el recurso de solicitar información de carácter fiscal a terceros países se ha convertido en algo habitual en la instrucción de expedientes de comprobación tributaria¹⁹⁹.

Como Estado miembro de la OCDE, España ha articulado el intercambio internacional de información tributaria mediante la adopción de los instrumentos diseñados por dicha organización internacional, ya sea incluyendo en sus convenios la cláusula de intercambio de información del artículo 26 MC OCDE o a través de la suscripción de tratados específicos sobre la base del Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información tributaria de la OCDE²⁰⁰. Habitualmente en España se ha venido utilizando el sistema de los Convenios de doble imposición sobre asistencia mutua, si bien a partir de los trabajos de la OCDE sobre competencia fiscal perjudicial y del proceso de armonización de la fiscalidad sobre el ahorro en la Unión Europea comienzan a utilizarse con mayor frecuencia los acuerdos de intercambio de información con determinados países o

¹⁹⁸ SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op.cit., págs. 989 a 994.

¹⁹⁹ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., “Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (Impuestos Directos e IVA)”, op. cit.

²⁰⁰ Los convenios de doble imposición y los acuerdos suscritos por España pueden consultarse en http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/La_Agencia_Tributaria/Normativa/Fiscalidad_Internacional/Convenios_de_doble_imposicion_firmados_por_Espana/Convenios_de_doble_imposicion_firmados_por_Espana.shtml

territorios que garantizaban la opacidad de las inversiones o depósitos efectuados en los mismos. Partiendo de la base del Modelo de Acuerdo OCDE, España ha realizado progresos que le han permitido suscribir acuerdos específicos en materia de intercambio de información tributaria con, entre otros países, Suiza.

II.2 REGULACIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO FISCAL: LA DIRECTIVA 2011/16

Como país miembro de la UE España incorpora al derecho español la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y que deroga la Directiva 77/799/CEE de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, después de excluir a la imposición indirecta tras sucesivas modificaciones²⁰¹.

La transposición se efectuó en dos fases. En primer lugar mediante el Real Decreto-ley 20/2011 de 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, y posteriormente mediante el Real Decreto 1558/2012 de 15 de noviembre, por el que se adaptan a la normativa comunitaria las normas de desarrollo de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) en materia de asistencia mutua²⁰²,

²⁰¹ La Directiva 77/799 experimentó tres modificaciones a través de las Directivas del Consejo 2003/93/CE, 2004/56/CE y 2004/106/CE para mejorar su eficacia en la prevención del fraude y la evasión fiscal, hasta su sustitución definitiva por la Directiva 2011/16/UE.

²⁰² El artículo 177 bis2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria cataloga las diversas formas de asistencia mutua incluyendo la tendente al intercambio de información, a la recaudación de créditos o a otros fines previstos en la normativa

se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa²⁰³. La transposición no exige modificación de rango legal alguna, dado que la Ley 58/2003, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, ya incorporó los aspectos sustantivos que exigían su regulación por ley.

La modificación de la LGT por el Decreto Ley 20/2011, otorga un ámbito muy amplio a la asistencia mutua, dando así una mayor cobertura a los tipos de actuaciones que se establecen después en la Directiva 2011/16/UE. El Real Decreto 1558/2012, no solo desarrolla reglamentariamente los preceptos legales relativos a la asistencia mutua incorporados a la LGT, también modifica, entre otros, el Reglamento 1065/2007, de 27 de julio, General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGGIAT), incorporando un nuevo Título VI que entró en vigor el 1 de enero de 2013 apurando al límite el plazo máximo de trasposición de la directiva, con la finalidad de cubrir los distintos ámbitos de la asistencia mutua, cualquiera que sea la norma internacional de la que derive la actuación administrativa.

Se otorga a la AEAT la competencia para formular las peticiones de asistencia mutua a otros Estados o entidades internacionales (artículo 5.3 de la LGT), por lo que con la reforma de la LGT y del citado RD 1558/2012, se va más allá de lo establecido en las Directivas, en la medida en que se prevén actuaciones de asistencia mutua derivadas de otras

reguladora de dicha asistencia.

²⁰³ Aprobado por Real Decreto 1794/2008 de 3 de noviembre. Boletín Oficial del Estado núm. 283, de 24 de noviembre de 2012.

normas internacionales en la materia, desarrollando por ejemplo, las actuales obligaciones de información en relación con determinados bienes y derechos.

Ya en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo sobre la cooperación administrativa en materia fiscal, se puso de manifiesto la necesidad de adaptar los intercambios de información al actual contexto de la economía globalizada y a las nuevas funciones que ella el intercambio de información tributaria está llamada a desempeñar. En busca de un nuevo modelo de intercambio de información que dé respuesta a estos retos la Comisión Europea aprueba la Directiva 2011/16/UE, de Cooperación Administrativa en materia fiscal y de la Directiva 2010/24/UE, de Asistencia en la Recaudación Tributaria²⁰⁴.

Después de las modificaciones efectuadas por la Directiva 2003/93/CE, que excluyó de su ámbito de aplicación al IVA, por la Directiva 2004/56 y por la Directiva 2004/106/CE que excluyó los impuestos especiales (regulados por Reglamento (CE) número 2073/2004 de 16 de noviembre sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales), la Directiva 77/799 se limitó únicamente a la asistencia mutua en el ámbito de los impuestos directos y de los impuestos sobre las primas de seguros.

Con la vocación de subsanar estas carencias nace la Directiva 2011/16/UE, que completa el nuevo modelo de asistencia administrativa mutua iniciado con la Directiva sobre asistencia en materia de recaudación tributaria, en el intento de articular un nuevo mecanismo de cooperación fiscal internacional.

Las principales novedades recogidas en la Directiva son las siguientes:

- Extensión sustancial del campo de aplicación de la cooperación

²⁰⁴ Vid. MCINTYRE, M. J. "How to End the Charade of Information Exchange", *Tax Notes International*, Vol. 56, núm. 4, 2009, págs. 255-268.

administrativa.

- Inclusión de la información bancaria entre la información a intercambiar por requerimiento previo, obligándose a utilizar todas las medidas nacionales que estén a su alcance para obtener la información solicitada y señalando expresamente la imposibilidad alegar el secreto bancario como impedimento²⁰⁵.

- Introducción de la regla de comunicación entre oficinas centrales de enlace.

- Introducción del intercambio de información automático de la información disponible. A partir del 1 de enero de 2015, cada Estado deberá enviar automáticamente a los restantes Estados miembros, la información de que disponga relativa a los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2014 en relación con las personas con domicilio en ese otro país²⁰⁶. En concreto, sobre cinco categorías de rentas como son los rendimientos del trabajo dependiente; honorarios de director; productos de seguros de vida no cubiertos por otros instrumentos jurídicos de la Unión Europea sobre el intercambio de información y otras medidas similares; pensiones; y propiedad de bienes inmuebles y rendimientos inmobiliarios.

- Establecimiento de plazos para la entrega de información.

- Establecimiento de modelos de formulario y formatos, así como de canales de comunicación normalizados.

El ámbito de aplicación objetivo abarca “todos los tipos de impuestos percibidos por un Estado miembro o sus subdivisiones territoriales o

²⁰⁵ Vid. artículo 18 de la Directiva 2011/16/UE.

²⁰⁶ Artículo 8 de la Directiva 2011/16/UE.

administrativas, incluidas las autoridades locales o en su nombre”²⁰⁷. No obstante, el apartado 2 del propio artículo se encarga de rebajar sustancialmente sus pretensiones al dejar fuera de su ámbito objetivo el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y los aranceles, los impuestos especiales contemplados en otras normativas de la Unión Europea relativas a la cooperación administrativa entre los países de la Unión Europea, las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social abonables a un país de la Unión Europea, las tasas y los derechos de carácter contractual. En ningún caso podrán calificarse como impuestos a las tasas, como las solicitadas por la expedición de certificados o documentos, ni a los derechos contractuales, aunque tengan por objeto el pago de los servicios públicos²⁰⁸. De esta forma la Directiva queda inicialmente limitada fundamentalmente a la imposición sobre la renta y el patrimonio, complementándose con otras disposiciones específicas relativas al intercambio de información de determinados tipos de renta o tributos:

- La Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003 , en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses ha previsto un sistema de intercambio automático de información²⁰⁹ entre los Estados miembros aunque referido a los pagos de intereses efectuados a beneficiarios efectivos residentes en Estados miembros y que superó ciertas limitaciones existentes en la anterior Directiva 77/799/CEE para los intercambios de información, como las que permitían rechazar el intercambio de información en aplicación de las normas internas de secreto bancario.

- El Reglamento (CE) 1798/2003, del Consejo, de 7 de octubre de 2003, relativo a la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el

²⁰⁷ Art. 2.1. Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011.

²⁰⁸ Art. 2.3. Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011.

²⁰⁹ Desarrollado en los artículos 45 a 49 RD 1065/2007, de 27 de julio, que aprueba el Reglamento general de gestión dando lugar a la utilización del modelo 299.

valor añadido (modificado ya en numerosas ocasiones).

- El Reglamento (UE) 389/2012, del Consejo, de 2 de mayo de 2012 sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales en vigor desde el 1 de julio de 2012.

La propia Directiva dispone que, antes del 1 de julio de 2017, la Comisión deberá presentar al Consejo un informe de evaluación sobre ventajas y aspectos prácticos relacionados con el intercambio de información, previendo la posibilidad de ampliar las rentas afectadas por el intercambio para incluir dividendos, ganancias de capital y cánones. Esta posibilidad se ha visto anticipada a la vista de la introducción de novedades internacionales en materia de intercambio lo que ha llevado a ampliar la lista de categorías de rentas que son objeto de intercambio automático de información y a anticipar el plazo fijado para su aplicación²¹⁰.

El régimen de intercambio de información establecido en la Unión Europea con esta Directiva trata de alinear el sistema comunitario de intercambio de información con la cláusula de intercambio de información del Modelo de Convenio OCDE 2005-2008, aunque en algunos aspectos la propuesta de la Comisión supera, incluso, lo establecido a nivel internacional en el Modelo de Convenio de la OCDE²¹¹ fundamentalmente

²¹⁰ Con la nueva propuesta de la Comisión de junio de 2013, el intercambio de información se aplicaría desde el 1 de enero de 2015 y afectaría también a los dividendos, las plusvalías de capital y todas las demás formas de ingresos financieros y saldos de cuentas, de manera obligatoria y no a expensas de su disponibilidad como sucede ahora.

²¹¹ Véase, en este sentido las manifestaciones de CALDERÓN CARRERO, J. M. en CARMONA MÉNDEZ, N., CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., TRAPÉ VILADOMAT, M., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, edic. 2012, págs. 1263-1264, y también sus manifestaciones en CALDERÓN CARRERO, J. M., "Hacia una nueva era de cooperación fiscal europea: las Directivas 2010/24/UE y 2011/16/UE de asistencia en la recaudación y de cooperación

en una mayor amplitud en cuanto a posibilidades y unas menores limitaciones a las posibilidades de intercambio y al uso posterior de los datos, lo que justificaría la preferencia de la Administración por el uso de esta modalidad de intercambio de información.

Entre las consideraciones iniciales de la Directiva se hace hincapié en la conveniencia de un contacto directo entre los órganos encargados de la cooperación administrativa, indicando la necesidad de que las comunicaciones se establezcan entre oficinas centrales de enlace, señalando expresamente que “la falta de contacto directo conduce a la ineficacia, y lleva aparejada una infrutilización del dispositivo de cooperación administrativa y demoras en la comunicación” y que “la atribución de competencias a los servicios de enlace debe ser trasladada a las disposiciones nacionales de los Estados miembros”. A estos efectos los Estados miembros deberían comunicar a la Comisión, en el plazo de un mes a partir del 11 de marzo de 2011, el nombre de la autoridad competente designada a los efectos²¹².

En el caso de España se ha designado como autoridad competente a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), sustituyendo de este modo al Ministro de Economía y Hacienda, que era quien estaba designado conforme a la Directiva 77/799/CEE. Cada autoridad competente designará una oficina central de enlace, y además podrá designar servicios de enlace y funcionarios competentes para intercambiar directamente información, puesto que han sido autorizados para ello conforme a la Directiva.

Cuando un servicio de enlace o un funcionario competente reciba una solicitud de cooperación que exija una acción fuera de las competencias que le sean atribuidas en virtud del Derecho nacional o de la política del

administrativa en materia fiscal”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 343, 2011, pág. 52.

²¹² Art. 2.1. Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011.

Estado miembro de que se trate, la transmitirá sin demora a la oficina central de enlace de su Estado miembro e informará al respecto a la autoridad requirente. En ese caso, el plazo de seis meses fijado en el artículo 7 de la Directiva 2011/16/UE²¹³ para responder, empezará a contar a partir del día siguiente al envío a la oficina central de enlace de la solicitud de cooperación.

Estos aspectos organizativos -que también se contienen en la Directiva 2010/24/UE y en el Reglamento (UE) N° 904/2010 del Consejo- pretenden crear una estructura de órganos de cooperación interadministrativa dentro del organigrama de la Administración tributaria de cada Estado miembro, de forma que queden identificados los órganos y responsables a los que podrán dirigirse de forma clara las Administraciones de cada Estado miembro para solicitar información. Esta forma de proceder debería servir para crear una cultura de cooperación administrativa, muy necesaria para luchar contra las redes organizadas de fraude y evasión fiscal²¹⁴.

La Directiva 2011/16/UE, de cooperación administrativa en materia fiscal contiene también novedades respecto al uso y valor probatorio de la información intercambiada a efectos fiscales, posibilitando su utilización como medio de prueba en los procedimientos nacionales en las mismas condiciones que otras informaciones, datos y documentos que se hubiesen transmitidos por otras autoridades del propio Estado, lo que viene a

²¹³ Art 7.1. “La autoridad requerida comunicará la información contemplada en el artículo 5 lo antes posible y, a más tardar, en el plazo de seis meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud.

No obstante, si la autoridad requerida ya dispusiera de dicha información, el plazo para la comunicación quedará limitado a dos meses.

2. En determinados casos, la autoridad requirente y la autoridad requerida podrán acordar plazos distintos de los previstos en el artículo 1.”

²¹⁴ Cfr. PEDREIRA MENÉNDEZ, J. “La cooperación administrativa en la unión europea contra el fraude fiscal”, *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 3, 2012, págs. 109-130.

suponer un principio general de validez probatoria de la información transmitida²¹⁵.

Los requerimientos de información se encuentran sujetos a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Tanto la Directiva sobre asistencia mutua como el Reglamento sobre cooperación administrativa prevén límites a la colaboración entre los Estados miembros, ya que las autoridades del Estado requerido no están siempre obligadas a facilitar la información solicitada, disponiéndose expresamente que “el número y la naturaleza de las peticiones de información realizadas dentro de un plazo específico no deben imponer una carga administrativa desproporcionada a dichas autoridades”²¹⁶ (principio de proporcionalidad) y siempre que la autoridad requirente haya agotado las fuentes internas de información que habría podido utilizar para obtener la información solicitada sin poner en riesgo la consecución del fin perseguido (principio de subsidiariedad)²¹⁷.

²¹⁵ Respecto a los avances en la cooperación fiscal internacional y el intercambio de información fiscal entre los Estados en el ámbito europeo que supone la Directiva 2011/16 vid RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M. “El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho* núm. 3/2012, Barcelona. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/918.es.pdf>

²¹⁶ Art. 7.1, pár. 1, del Reglamento sobre cooperación administrativa

²¹⁷ Art. 17 de la Directiva 2011/16/UE

“1. La autoridad requerida de un Estado miembro deberá facilitar a la autoridad requirente de otro Estado miembro la información a que se refiere el artículo 5 siempre que la autoridad requirente haya agotado las fuentes habituales de información que podría utilizar en esas circunstancias para obtener la información solicitada sin arriesgarse a que ello afecte negativamente a sus fines.

2. La presente Directiva no impondrá a ningún Estado miembro la obligación de llevar a cabo investigaciones o de comunicar información, si realizar tales investigaciones o recopilar la información solicitada para los propios fines de dicho Estado miembro infringe su legislación.

3. La autoridad competente de un Estado miembro requerido podrá negarse a

Las limitaciones recogidas en los apartados 2 y 4 del artículo 17 no podrán interpretarse como la autorización a la autoridad requerida de un Estado miembro a negarse a facilitar información exclusivamente por el hecho de que esa información obre en poder de un banco u otra entidad financiera, un representante o una persona que actúe en calidad de intermediario o agente fiduciario, o porque esté relacionada con la participación en el capital de una persona, si bien sí podrá negarse a facilitar información relativa a periodos impositivos anteriores al 1 de enero de 2011 así como cuando la transmisión de dicha información podría haber sido denegada en virtud del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 77/799/CEE si se hubiera solicitado antes del 11 de marzo de 2011²¹⁸. Esto supone el fin del secreto bancario en el ámbito de la UE, en la línea del artículo 26. 5 del modelo de Convenio OCDE²¹⁹.

Al igual que sucedía en la Directiva 77/799/CEE, la Directiva 2011/16/UE contempla tres modalidades de intercambio de información, aunque ahora regula su funcionamiento con mayor detalle e introduce algunos cambios importantes. Concretamente, se trata del intercambio de información previa solicitud, del intercambio automático de información y del intercambio espontáneo. La principal novedad introducida por esta

facilitar información cuando, por motivos legales, el Estado miembro requirente no pueda facilitar información similar.

4. Podrá denegarse la comunicación de información en caso de que ello suponga la divulgación de un secreto comercial, industrial o profesional, de un procedimiento comercial, o de una información cuya divulgación sea contraria al interés público.

5. La autoridad requerida informará a la autoridad requirente de los motivos por los que se deniega la solicitud de información.”

²¹⁸ Art. 18 de la Directiva 2011/16/UE

²¹⁹ MARTÍNEZ GINER, L. A., “Nuevos horizontes en el intercambio de información tributaria: a propósito de la propuesta de Directiva relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad”, *Quincena Fiscal*, núm. 12, junio 2009, pág. 70.

Directiva es la de configurar un sistema de intercambio de información en el que se trata de impulsar a un lugar preeminente el intercambio automático de información. Esto constituye un cambio notable respecto al esquema de intercambio configurado por la Directiva 77/799, en la que el sistema de intercambio de información pivotaba sobre el intercambio de información previo requerimiento, si bien se preveía el sistema automático de intercambio como una posibilidad a aplicar en un futuro indeterminado por los países miembros.

La Directiva 2011/16/UE también prevé potenciar y estimular el intercambio espontáneo de información entre los Estados miembros, de manera que cualquier Estado miembro de la Unión Europea podrá aportar de manera espontánea a otro Estado miembro cualquier información de la que tengan conocimiento que pueda serle útil. Asimismo, un Estado miembro está obligado a comunicar a otro Estado miembro cualquier información que, previsiblemente, guarde relación con la administración y ejecución de las leyes de éste.

II.2.1 INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN PREVIA SOLICITUD

Esta forma de intercambio de información entre Administraciones de Estados miembros de la Unión Europea - más antiguo en el ámbito de la cooperación interadministrativa que la información automática- consiste en que la autoridad de un Estado puede requerir a otro toda la información que obre en su poder o que pueda obtener a raíz de investigaciones administrativas que esté relacionada con la aplicación de la normativa tributaria nacional del Estado requirente respecto de los gravámenes que entran dentro del ámbito objetivo de la Directiva, y tras haber empleado los medios que otorgan las normas de Derecho interno (principio de subsidiariedad antes señalado)²²⁰.

²²⁰ DE MIGUEL ARIAS, S., “Los derechos de los obligados tributarios ante los

Este modo de intercambio es idéntico al que se recoge en el art. 55 del RD 1065/2007 y en la Directiva 2010/24 de asistencia en la recaudación. El Estado receptor de la solicitud estará obligado a contestar al requerimiento de información aportando toda la información de la que ya disponga en el momento de recibir la solicitud y la que pueda recabar empleando sus procedimientos de Derecho interno de comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias²²¹. No obstante cualquier Estado miembro podrá negarse a facilitar información cuando dicha información se refiera a períodos impositivos anteriores al 1 de enero de 2011.

Como vemos aquí se introduce una variedad en la cooperación, consiste en la posibilidad del Estado requirente de solicitar de forma motivada que se realice una investigación administrativa concreta. El cumplimiento de esta solicitud no es obligatorio, únicamente está obligado a (en el caso de que la autoridad requerida estimase que no es necesario proceder a una investigación administrativa) comunicar al Estado requirente los motivos que le han llevado a adoptar la decisión de no iniciar la comprobación. Si no hubiese causa de oposición, la autoridad requerida aplicará los procedimientos establecidos en su normativa interna para recabar la información o llevar a cabo la investigación²²². La petición de información ha de incluir la identidad de la persona sometida a investigación y el

requerimientos de información entre Estados miembros de la Unión Europea en la Directiva 2011/16 /UE”, *Revista Española de Derecho Financiero*, número 156, Octubre-Diciembre 2012, págs. 66-67.

²²¹ Art. 6 de la Directiva 2011/16/UE

²²² En consecuencia, en España se utilizaría cualquiera de los procedimientos de comprobación previstos en el ámbito de gestión o de inspección, de conformidad con lo establecido en la LGT y su normativa de desarrollo, en concreto el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

objetivo fiscal para el que se pide la información²²³. Si dispone de ella, podrá proporcionar el nombre y la dirección de toda persona que se considere esté en posesión de la información solicitada²²⁴.

La nueva Directiva 2011/16/UE establece unos plazos procedimentales y unas causas tasadas de denegación de la cooperación, por lo que es de esperar que la existencia de unas reglas claras sirva para agilizar el intercambio de información y sea eficaz en la lucha contra el blanqueo de capitales, el fraude y la evasión fiscal. Una de las novedades respecto a la Directiva 77/779 lo constituye el hecho de que la Directiva 2011/16 establece un plazo máximo de seis meses para atender el requerimiento de información²²⁵, que queda reducido a dos meses en caso de que ya disponga de la información solicitada²²⁶. No obstante por mutuo acuerdo de las partes se podrían alterar estos plazos. En el caso de España el órgano que disponga de los datos o informes solicitados tiene un plazo de máximo de tres meses para remitir la información, salvo que la normativa sobre asistencia mutua establezca un plazo inferior a seis meses para la prestación de la asistencia, en cuyo caso, se señalará un plazo para suministrar la información no superior a la mitad del establecido en la normativa de la Unión Europea²²⁷. Dado que la Directiva no ha establecido

²²³ Art. 20.1 de la Directiva 2011/16/UE

²²⁴ Art. 20.2 de la Directiva 2011/16/UE. De esta forma se impiden las fishing expeditions o requerimientos genéricos o indiscriminados de información destinados a descubrir bolsas de fraude fiscal internacional.

²²⁵ Art. 7 de la Directiva 2011/16/UE

²²⁶ El artículo 5 del Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en materia Tributaria OCDE fija los mismos plazos que ha adoptado la Directiva. El establecimiento de un plazo de respuesta no está previsto en el artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE.

²²⁷ Art. 204 del RD 1065/2007, de 27 de julio, introducido por el Real Decreto 1588/2012, de 15 de noviembre.

ningún régimen sancionador en caso de incumplimiento de los plazos establecidos por parte de algún Estado miembro, su cumplimiento queda supeditado a la buena voluntad de los países miembros.

La dilación en el intercambio de información sí está prevista en el ordenamiento interno español y se recoge en la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1804/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, al establecer que existen limitaciones al intercambio de información tributaria con un país o territorio: “Cuando transcurridos seis meses sin haberse aportado la información requerida y previo un segundo requerimiento de información respecto al mismo contribuyente, no se aporte la información en el plazo de tres meses”. Además, específicamente creada para el supuesto de intercambio de información previa petición, el artículo 103 RD 1065/2007 introduce un nuevo supuesto de interrupción justificada del procedimiento de inspección derivado de la petición, por cualquier medio, de datos, informes, dictámenes o valoraciones a otro Estado como consecuencia de información previamente recibida del mismo²²⁸. La duración del plazo de interrupción justificada será por el tiempo que transcurra entre la petición a la autoridad competente del otro Estado hasta la recepción de los datos solicitados por el órgano competente para continuar el procedimiento, sin que la interrupción por este concepto pueda exceder, para todas las peticiones, de doce meses. Este plazo de interrupción es independiente del derivado de la solicitud inicial de información tributaria a las Administraciones de otros Estados ya previsto como causa de interrupción

²²⁸ Letra b) del artículo 103 introducida en su actual redacción por el apartado siete del artículo segundo del R.D. 1558/2012, de 15 de noviembre, por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a la normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por R.D. 1794/2008, de 3 de noviembre (“B.O.E.” 24 noviembre) con vigencia 1 enero 2013.

justificada del procedimiento.

II.2.2 INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN

El régimen de intercambio automático de información es definido como “la comunicación sistemática a otro Estado miembro de información preestablecida, sin solicitud previa, y a intervalos regulares de tiempo fijados con anterioridad”²²⁹ (análoga a la existente en nuestro ordenamiento interno²³⁰) y constituye la principal novedad respecto a la Directiva 77/779, ya que establece un sistema obligatorio de intercambio de información que habrá de entrar en vigor el 1 de enero de 2015²³¹. A tal fin los Estados miembros se comprometieron a informar a la Comisión, antes del 1 de enero de 2014, de las categorías de rentas y de bienes respecto de los cuales dispongan de información²³². Este sistema no estaba previsto en la Directiva 77/779/CEE, que establecía un sistema de consultas entre los países miembros que no eran obligatorias ni automáticas.

La autoridad competente de cada Estado miembro (en el caso de España la AEAT) comunicará, mediante intercambio automático²³³, a la autoridad competente de otro Estado miembro la información de que disponga en relación con las personas con domicilio²³⁴ en ese otro Estado miembro,

²²⁹ Artículo 3.9 Directiva 2011/16/UE

²³⁰ Artículo 30.2 RD 1065/2007

²³¹ Art. 29 de la Directiva 2011/16/UE

²³² España, en este aspecto, se encontraba a la vanguardia de la Unión Europea ya que, desde hace ya bastantes años, posee en sus bases de datos una información muy completa de de las principales categorías de rentas sujetas a gravamen.

²³³ Art. 8.1 Directiva 2011/16/UE.

²³⁴ Por “domicilio” ha de entenderse la “residencia habitual”, que en España viene regulada en los artículos 8 del Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que

sobre las siguientes categorías específicas de renta y patrimonio²³⁵, con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro que facilite la información:

- a) Rendimientos del trabajo dependiente.
- b) Honorarios de director.
- c) Productos de seguros de vida, no cubiertos por otros instrumentos jurídicos de la Unión Europea, sobre el intercambio de información y otras medidas similares.
- d) Pensiones.
- e) Propiedad de bienes inmuebles y rendimientos inmobiliarios.

Se trata de un conjunto heterogéneo de rentas que se calificarán, al igual que los elementos patrimoniales, con arreglo a la legislación interna del Estado miembro que comunique la información.

El ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva 2011/16/UE se vió ampliado con la aprobación de la Directiva 2014/107/UE²³⁶ de 9 de diciembre de 2014 a fin de incluir los siguientes elementos cubiertos por la FATCA y los acuerdos de ella derivados celebrados por los Estados miembros: dividendos, plusvalías, otras rentas financieras y saldos en cuentas, abonados, atribuidos o mantenidos por una entidad financiera en

aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y el art. 9 de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

²³⁵ La intención de la Comisión es que este sistema se vaya consolidando y ampliando con nuevas categorías de rentas, de modo que se convierta en el régimen general de funcionamiento, dejando el intercambio previa solicitud como algo residual.

²³⁶ Directiva 2014/107/UE DEL CONSEJO de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad. DOUE 16/12/2014.

beneficio directo o indirecto de un beneficiario efectivo que sea una persona física residente en otro Estado miembro²³⁷.

Antes del 1 de enero de 2014 los Estados miembros debían informar a la Comisión de las categorías anteriores de las que dispongan de información y, posteriormente, comunicarán cualquier cambio que se produzca. Si un Estado no informaba a la Comisión se le excluiría del sistema entendiéndose que no desea recibir información²³⁸. Igualmente, los Estados pueden establecer unos umbrales mínimos de renta a partir de los cuáles desea recibir información a cerca de la renta y el patrimonio. La información que se envía automáticamente tiene su origen en los datos fiscales en poder de cada Administración tributaria de acuerdo con los procedimientos establecidos en cada Estado miembro. En el caso español se trata de la información acumulada en las bases de datos de la Agencia Estatal elaborados a partir de la información transmitida por los obligados tributarios.

En cuanto al ámbito subjetivo, la definición en sentido amplio de “personas”²³⁹ permite incluir en él tanto a las personas físicas como a las jurídicas, así como a cualquier otra modalidad de entidad que legalmente pueda ser sujeto pasivo en relación con el intercambio de información tributaria. Ello permite incluir en la definición a las entidades sin personalidad jurídica recogidas en el artículo 35.4 LGT, que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, como las herencias yacentes o las comunidades de bienes, así como cualquier estructura jurídica, tenga o no personalidad jurídica, que

²³⁷ Consideración 6 de la Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad de 12 de junio de 2013, 2013/0188 (CNS).

²³⁸ Art. 29 de la Directiva 2011/16/UE

²³⁹ Art. 3.11 de la Directiva 2011/16/UE

posea o administre activos, lo que incluiría a los trusts.

El valor probatorio de las informaciones, los informes, las declaraciones y cualquier otro documento proveniente de otro Estado miembro se equipara al mismo al de los documentos e informaciones que tengan su origen en el propio Estado receptor de los mismos²⁴⁰. En el Derecho español existe un heterogéneo régimen de valoración de la documentación en los procedimientos administrativos, y así se recoge en el art. 106.2 LGT que señala que se podrán incorporar con el valor probatorio que proceda²⁴¹. Respecto al uso de la información la Directiva no se limita a su utilización en impuestos sobre la renta o el patrimonio, sino que abre un amplio abanico de posibilidades en relación con la comprobación e inspección de otros créditos públicos del Estado receptor de la información. De esta forma, ha quedado expresamente previsto que la información también podrá utilizarse para comprobar y liquidar otros impuestos y derechos contemplados en el artículo 2 de la Directiva 2010/24/UE, es decir, la globalidad de impuestos y derechos de todo tipo recaudados por un Estado miembro, sus subdivisiones territoriales o administrativas, comprendidos los entes locales, o en su nombre, o por cuenta de la Unión, así como los pagos vinculados con el Fondo Europeo Agrícola de Garantía, el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y las exacciones previstas en la organización común de mercado del sector del azúcar. Como consecuencia lógica de lo anterior, la información recibida también podrá utilizarse en relación con procedimientos judiciales que puedan dar lugar a sanciones derivadas del incumplimiento de la normativa fiscal.

²⁴⁰ Art. 16.5 de la Directiva 2011/16/UE

²⁴¹ Art 106 LGT:

2. “Las pruebas o informaciones suministradas por otros Estados o entidades internacionales o supranacionales en el marco de la asistencia mutua podrán incorporarse, con el valor probatorio que proceda conforme al apartado anterior, al procedimiento que corresponda”

Añade además otros posibles usos:

1.- El Estado receptor podrá utilizarla en otros fines diferentes con autorización del comunicante.

2.- El Estado receptor podrá transferir la información recibida a un Estado miembro tercero previa autorización del comunicante.

3.- Se autoriza la transferencia de información a Estados que no son miembros de la Unión Europea siempre que el Estado que origina la información acceda y el tercero afectado se comprometa a prestar la cooperación solicitada a fin de reunir pruebas sobre el carácter irregular o ilegal de operaciones.

II.2.3 INTERCAMBIO ESPONTÁNEO DE INFORMACIÓN

El intercambio espontáneo de información se configura no como un intercambio “a voluntad”, sino como un deber de comunicación no sistemática de información a otro Estado miembro en cualquier momento y sin solicitud previa cuando se den las siguientes circunstancias expresamente tasadas²⁴²:

a) Cuando existan razones para presumir que existe una reducción o una exención anormales de impuestos en otro Estado miembro.

b) Un contribuyente obtenga, en un Estado miembro, una reducción o una exención fiscal que produciría un aumento del impuesto o una sujeción

²⁴² Art. 16.5 de la Directiva 2011/16/UE. La regulación del intercambio espontáneo de información en la Directiva 2011/16/UE reitera pues el contenido de la Directiva 77/799/CE en lo que respecta a los presupuestos de hecho habilitantes para el uso de esta fórmula de intercambio de información, con la novedad de que regula aspectos concretos del procedimiento de aplicación de la misma como los plazos y el formulario que ha de ser empleado.

al impuesto en otro Estado miembro.

c) Las operaciones entre un contribuyente de un Estado miembro y un contribuyente de otro Estado miembro se efectúen a través de uno o más países del tal modo que supongan una disminución del impuesto en uno u otro Estado miembro o en los dos.

d) Cuando se tengan razones para suponer que existe una disminución del impuesto como consecuencia de transferencias ficticias de beneficios dentro de grupos de empresas.

e) Cuando de la información facilitada por la autoridad competente de otro Estado miembro se tenga conocimiento de elementos que pueden ser útiles para el cálculo del impuesto en ese Estado miembro.

Además de estos supuestos específicos, también se contempla la posibilidad de que se pueda comunicar de forma verdaderamente espontánea cualquier otra información de la que se tenga conocimiento y se considere que puede ser útil a las autoridades competentes de los demás Estados miembros.

El carácter obligatorio de este suministro de información viene reforzado por la fijación de plazos para la entrega de la misma que recoge la Directiva, que señala un plazo de un mes, a partir de la fecha en la que se dispuso de la información, para proceder a la transmisión de la información en aquellos casos en que tal envío resulte obligatorio. La Administración receptora de la información dispone de un plazo de siete días hábiles a partir del momento de la recepción para comunicar el acuse de recibo.

II.2.4 OTROS ASPECTOS DESTACABLES DE LA DIRECTIVA 2011/16

Además de los mencionados la Directiva establece otros modos de cooperación distintos del estricto intercambio de información que sirven

como refuerzo a éste:

- Información de retorno
- Presencia en las oficinas de la Administración y participación en las investigaciones administrativas
- Controles simultáneos
- Notificaciones
- Intercambio de buenas prácticas y de experiencia
- cláusula de nación más favorecida

La información de retorno introducida en el intercambio de información previa petición y en el intercambio de información espontáneo es una novedad destacable de la Directiva 2011/16/UE. Se establece así el derecho del Estado que es requerido y que envía la información a solicitar el resultado de la utilización, por parte del Estado receptor, de la información proporcionada²⁴³. El plazo de envío de la información de retorno es de tres meses a partir del momento en que se conozca el resultado de las actuaciones para las que se solicitó la información.

El art. 11 regula la presencia en las oficinas de la Administración requerida y la participación en las investigaciones administrativas por acuerdo de ambas Administraciones, y conforme a los procedimientos establecidos en el Estado requerido. Los funcionarios de la requirente podrán estar presentes en las oficinas de la Administración requerida y durante las investigaciones administrativas. Si la información obtenida es documental y pueden tener acceso a ella los funcionarios de la autoridad requerida, también se facilitará copia a los funcionarios de la autoridad requirente.

De este modo, a diferencia de lo dispuesto en la Directiva 77/799/CEE, la Directiva 2011/16/UE (al igual que de la Directiva 2010/24/UE del

²⁴³ Art. 14 de la Directiva 2011/16/UE

Consejo de 16 de marzo de 2010, sobre asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas) no sólo señala la posibilidad de autorizar la presencia de agentes del país requirente en el Estado requerido, sino que les autoriza a estar presentes en las investigaciones, a participar en las mismas, examinar documentación y a entrevistar a personas, con la misma consideración en sus actuaciones que los agentes de la inspección del propio Estado en el que se encuentran²⁴⁴. Cabe destacar que la negativa por parte del investigado a los requerimientos del funcionario del país requirente será considerada como negativa a los propios funcionarios del país requerido en el que se desarrollan las actuaciones. La negativa por parte del investigado a los requerimientos del funcionario del país requirente será considerada como negativa a los propios funcionarios del país requerido en el que se desarrollan las actuaciones.

Los controles simultáneos recogidos en el artículo 12, que facultan a dos o más Estados miembros a realizar, en su propio territorio, controles simultáneos de interés común de dos o más personas, no presenta novedades respecto a la regulación de esta modalidad de colaboración en la anterior Directiva 77/779/CEE²⁴⁵. El país que desee iniciar este tipo de actuaciones deberá proponerlo de forma motivada a los países afectados, quienes podrán aceptar o rechazar la propuesta también de forma motivada.

El artículo 13 de la Directiva 2011/16/UE prevé la posibilidad de que se solicite el auxilio de otro Estado miembro para proceder a realizar notificaciones de actos y decisiones que tengan que ver con las materias fiscales cubiertas por esta norma, pero sólo se podrá recurrir a él cuando el

²⁴⁴ Art. 11 de la Directiva 2011/16/UE

²⁴⁵ Artículo 8.º de la Directiva 77/799/CEE introducido por la Directiva 2004/56/CE del Consejo de 21 de abril.

Estado solicitante no sea capaz de notificar conforme a su normativa vigente en su territorio, o cuando dicha notificación pueda suponer dificultades desproporcionadas. Además se recoge otra novedad respecto a la Directiva 77/779/CEE pues el mismo artículo 13.4 señala que “la autoridad competente de un Estado miembro podrá notificar cualquier documento por correo certificado o por vía electrónica directamente a una persona establecida en el territorio de otro Estado miembro”.

El artículo 15 establece que los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, examinarán y evaluarán la cooperación administrativa de conformidad con la presente Directiva y compartirán su experiencia con objeto de mejorar dicha cooperación pudiendo, conjuntamente con la Comisión, elaborar directrices relativas a toda cuestión que se considere necesaria a efectos de intercambio de buenas prácticas y de experiencia. En este aspecto se produce un avance respecto a lo dispuesto en la Directiva 77/799/CEE, que se limitaba al intercambio de experiencias en relación con los precios de transferencia de los grupos de empresas.

Por último, el artículo 19 introduce como novedad una cláusula de la nación más favorecida a favor de los Estados miembros de la Unión Europea, que será de aplicación cuando alguno de ellos establezca con un país no miembro de la Unión Europea alguna forma de cooperación administrativa más amplia que la prevista en la Directiva. En este caso el Estado miembro de la Unión Europea que haya acordado un nivel superior de colaboración con un Estado tercero no podrá negarse a ofrecer esta colaboración al resto de miembros de la Unión Europea que lo deseen. Esto significa que los Convenios, Acuerdos o cualquier otro instrumento de colaboración firmado por un país comunitario con un tercero no comunitario pueden elevar el grado de colaboración previsto en la Directiva, frente a lo dispuesto en la anterior Directiva 77/779/CEE que se limitaba a establecer la primacía de los acuerdos entre las partes respecto a la Directiva (en tanto superaran las disposiciones en materia de colaboración de ésta) para los países firmantes de los mismos, pero sin hacerlo obligatoriamente extensivo a los restantes miembros de la

Unión²⁴⁶.

II.3. INFLUENCIA DEL SECRETO BANCARIO EN EL DESARROLLO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN HISPANO-SUIZO

II.3.1 EL INSTITUTO DEL SECRETO BANCARIO EN ESPAÑA

Resulta imposible encontrar actualmente entre la normativa española referencia alguna al “llamado y no bien definido secreto bancario”²⁴⁷, y menos una regulación expresa del mismo²⁴⁸. El secreto bancario no constituye pues, en derecho español, una “figura o concepto jurídico”²⁴⁹. Si fue posible antes de la entrada en vigor de la Constitución, cuando si existió alguna regulación sobre el mismo e incluso llegó a afirmarse por el Tribunal Supremo que el secreto constituía “el cimiento esencial de la banca”²⁵⁰. Actualmente la Constitución Española no lo reconoce como instituto merecedor de protección alguna, contrariamente a lo que ocurre con otros secretos, tales como el secreto profesional, que si gozan en nuestra Carta Magna de la máxima protección.

La posición general en el Derecho comparado es de no reconocimiento del secreto bancario frente a la Hacienda Pública, con alguna excepción como es el caso de Suiza, siendo la postura generalmente aceptada la de

²⁴⁶ Artículo 11 de la Directiva 77/799/CEE

²⁴⁷ Tribunal Supremo, Sentencia de 6 de marzo de 1999.

²⁴⁸ JIMENEZ VILLAREJO, C., en conferencia La delincuencia financiera, los paraísos fiscales y la intervención de los bancos, Attac Madrid, 25 de marzo de 2004.

²⁴⁹ AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J., *El secreto bancario*, Bosch Editor, Barcelona, 2001.

²⁵⁰ Tribunal Supremo, Sentencia de 3 de enero de 1975.

proceder al levantamiento del secreto bancario frente a la posible investigación de un contribuyente por parte de los órganos de la Hacienda Pública, dándose prioridad a la lucha contra el fraude fiscal y a la recaudación tributaria. Para proceder al levantamiento del secreto no es necesario siquiera la existencia de delito fiscal, máxime si media requerimiento judicial. Puede decirse que el secreto bancario ha dejado de existir en todo lo que se relaciona con la Hacienda Pública o con el posible blanqueo de capitales²⁵¹.

Así, en España, la plasmación jurídica de este instituto la encontramos únicamente en el art. 6 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (BOE 2 de Junio de 1994)²⁵² y en el art. 82 de la Ley

²⁵¹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G y OTROS., “Los medios de prueba mencionados expresadamente en el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000” en MORENO CATENA, V. M., DELGADO MARTÍN, J., VOGEL, J. R. (et al.) *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 277.

²⁵² Artículo 6º Colaboración en la información y secreto profesional.

1. En el ejercicio de sus funciones de inspección de los establecimientos de crédito, las autoridades competentes colaborarán con las autoridades que tengan encomendadas funciones semejantes en países extranjeros, pudiendo comunicar informaciones relativas a la dirección, gestión y propiedad de estos establecimientos, así como las que puedan facilitar el control de la solvencia de los mismos.

El suministro de estas informaciones exigirá en todo caso que exista reciprocidad y que las autoridades competentes estén sometidas al secreto profesional en condiciones que, como mínimo, sean equiparables a las establecidas por las leyes españolas.

2. Los datos y documentos que obren en poder de las autoridades competentes en virtud de cuantas funciones les encomiendan las leyes tendrán carácter reservado, salvo que una ley disponga lo contrario. La reserva se entenderá levantada desde el momento en que los interesados hagan públicos los hechos a que aquélla se refiera:

3. Las autoridades competentes no podrán publicar, comunicar ni exhibir a terceros los datos o documentos reservados, a no ser previo el consentimiento expreso de los remitentes y, en su caso, de los interesados afectados. No obstante, podrán comunicar

10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que deroga al Real Decreto Legislativo 1298/86, de 28 de junio²⁵³. No obstante se refiere únicamente al deber de sigilo que deben guardar los empleados del Banco de España dada la especial naturaleza de

los datos y documentos al Fondo de Garantía de Depósitos a que, en su caso, pertenezca el establecimiento de crédito, viniendo aquél obligado a observar la reserva que establece el presente artículo.

Se exceptúan de la prohibición establecida en el párrafo anterior la publicación de datos agregados a efectos estadísticos, así como las comunicaciones que se ordenen por resolución de la autoridad judicial competente en la instrucción de un procedimiento penal, en cuyo caso, dicha autoridad vendrá obligada a adoptar las medidas pertinentes que garanticen la reserva durante todo el tiempo de sustanciación de la causa. También quedan exceptuadas las comunicaciones que procedan en virtud de lo dispuesto en los artículos 111 y 112 de la Ley General Tributaria. Asimismo el Ministro de Economía y Hacienda podrá requerir a las autoridades competentes la información que estime necesaria para el cumplimiento de los fines que tiene encomendados.

4. Cualquier persona que desempeñe o haya desempeñado funciones en los órganos competentes y haya tenido conocimiento de datos de carácter reservado está obligada a guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación determinará las responsabilidades penales y las demás previstas por las leyes. Estas personas no podrán prestar declaración ni testimonio ni publicar, comunicar o exhibir datos o documentos reservados, ni siquiera después de haber cesado en el servicio, salvo permiso expreso, que habrá de ser otorgado por la autoridad competente, siempre que se solicite en alguno de los supuestos a que se refiere el apartado 3 de este artículo. En todos los casos en los que el permiso no fuera concedido, la persona afectada quedará exenta de responsabilidad.

²⁵³ Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, vigente hasta el 28 de Junio de 2014 y derogada por la disposición derogatoria de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

su actividad²⁵⁴, y a las causas por las que esta obligación puede verse

²⁵⁴ Artículo 82. Obligación de secreto.

1. Los datos, documentos e informaciones que obren en poder del Banco de España en virtud del ejercicio de la función supervisora o cuantas otras funciones le encomiendan las leyes se utilizarán por este exclusivamente en el ejercicio de dichas funciones, tendrán carácter reservado y no podrán ser divulgados a ninguna persona o autoridad. La reserva se entenderá levantada desde el momento en que los interesados hagan públicos los hechos a que aquéllas se refieran. Tendrán asimismo carácter reservado los datos, documentos o informaciones relativos a los procedimientos y metodologías empleados por el Banco de España en el ejercicio de las funciones mencionadas, salvo que la reserva sea levantada expresamente por el órgano competente del Banco de España.

En cualquier caso, el Banco de España podrá publicar los resultados de las pruebas de resistencia realizadas de conformidad con el artículo 55.5 y con el artículo 32 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, de 24 de noviembre.

El acceso de las Cortes Generales a la información sometida a la obligación de secreto se realizará a través del Gobernador del Banco de España. A tal efecto, el Gobernador podrá solicitar motivadamente de los órganos competentes de la Cámara la celebración de sesión secreta o la aplicación del procedimiento establecido para el acceso a las materias clasificadas.

2. Todas las personas que desempeñen o hayan desempeñado una actividad para el Banco de España y hayan tenido conocimiento de datos, documentos e informaciones de carácter reservado están obligadas a guardar secreto sobre los mismos. Estas personas no podrán prestar declaración ni testimonio ni publicar, comunicar o exhibir datos o documentos reservados, ni siquiera después de haber cesado en el servicio, salvo autorización expresa del órgano competente del Banco de España. Si dicho permiso no fuera concedido, la persona afectada mantendrá el secreto y quedará exenta de la responsabilidad que de ello pudiera dimanar.

El incumplimiento de esta obligación determinará las responsabilidades penales y cualesquiera otras previstas por las leyes.

3.

4. Las autoridades judiciales que reciban del Banco de España información de carácter reservado vendrán obligadas a adoptar las medidas pertinentes que garanticen

exceptuada²⁵⁵. Dado que, como hemos indicado, esta norma tiene su

la reserva durante la sustanciación del proceso de que se trate. Las restantes autoridades, personas o entidades que reciban información de carácter reservado quedarán sujetas a la obligación de secreto regulada en este artículo y no podrán utilizarla sino en el marco del cumplimiento de las funciones que tengan legalmente establecidas.

Los miembros de una Comisión de Investigación de las Cortes Generales que reciban información de carácter reservado vendrán obligados a adoptar las medidas pertinentes que garanticen la reserva.

5. La transmisión de información reservada estará condicionada, cuando la información se haya originado en otro Estado miembro, a la conformidad expresa de la autoridad que la hubiere transmitido, y sólo podrá ser comunicada a los destinatarios citados a los efectos para los que dicha autoridad haya dado su acuerdo. Esta limitación se aplicará a las informaciones a las cámaras y organismos mencionados en el apartado 3 h) e i), a las informaciones requeridas por el Tribunal de Cuentas y las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y a las informaciones al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

6. El Banco de España comunicará a la Autoridad Bancaria Europea la identidad de las autoridades u organismos a los cuales podrá transmitir datos, documentos o informaciones de conformidad con lo previsto en el apartado 3, letras d) y f) en relación con el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, y h) en relación con los organismos supervisores de los sistemas contractuales o institucionales de protección.

²⁵⁵ Artículo 82. Obligación de secreto

3. Se exceptúan de la obligación de secreto regulada en el presente artículo:

a) Los supuestos en los que el interesado consienta expresamente la difusión, publicación o comunicación de los datos.

b) La publicación de datos agregados a fines estadísticos, o las comunicaciones en forma sumaria o agregada de manera que las entidades individuales no puedan ser identificadas ni siquiera indirectamente.

c) Las informaciones requeridas por las autoridades judiciales competentes en un proceso penal.

d) Las informaciones que, en el marco de los procedimientos mercantiles derivados del concurso o liquidación forzosa de una entidad de crédito, sean requeridas por las

autoridades judiciales, siempre que no versen sobre terceros implicados en el reflotamiento de la entidad.

e) Las informaciones que, en el marco de recursos administrativos o jurisdiccionales interpuestos contra resoluciones administrativas dictadas en materia de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, sean requeridas por las autoridades competentes para conocer el recurso.

f) Las informaciones que el Banco de España tenga que facilitar para el cumplimiento de sus respectivas funciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la Dirección General de Seguros, al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, al Consejo de Estabilidad Financiera y a los interventores o a los administradores concursales de una entidad de crédito o de una entidad de su grupo, designados en los correspondientes procedimientos administrativos o judiciales, y a los auditores de las cuentas de las entidades de crédito y sus grupos.

g) Las informaciones que el Banco de España transmita a los Bancos centrales y otros organismos de función similar en calidad de autoridades monetarias, cuando la información sea pertinente para el desempeño de sus respectivas funciones legales, tales como la aplicación de la política monetaria y la correspondiente provisión de liquidez, la supervisión de los sistemas de pago, de compensación y liquidación, y la defensa de la estabilidad del sistema financiero.

h) Las informaciones que el Banco de España tenga que facilitar, para el cumplimiento de sus funciones, a los organismos o autoridades de otros países en los que recaiga la función pública de supervisión de las entidades de crédito, de las empresas de servicios de inversión, de las empresas de seguros, de otras instituciones financieras y de los mercados financieros, o la gestión de los sistemas de garantía de depósitos o indemnización de los inversores de las entidades de crédito, de mantener la estabilidad del sistema financiero en los Estados miembros mediante la utilización de normas macroprudenciales, de actividades de reorganización encaminadas a mantener la estabilidad del sistema financiero, o de supervisión de los sistemas contractuales o institucionales de protección, siempre que exista reciprocidad, y que los organismos y autoridades estén sometidos a secreto profesional en condiciones que, como mínimo, sean equiparables a las establecidas por las leyes españolas.

i) Las informaciones que el Banco de España decida facilitar a una cámara u organismo semejante autorizado legalmente a prestar servicios de compensación o

liquidación de los mercados españoles, cuando considere que son necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de dichos organismos ante cualquier incumplimiento, o posible incumplimiento, que se produzca en el mercado.

j) Las informaciones que el Banco de España tenga que facilitar a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, así como las comunicaciones que de modo excepcional puedan realizarse en virtud de lo dispuesto en la Sección 3ª del Capítulo I del Título III de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, previa autorización del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. A estos efectos deberán tenerse en cuenta los acuerdos de colaboración firmados por el Banco de España con autoridades supervisoras de otros países.

k) Las informaciones que por razones de supervisión prudencial o de actuación preventiva en materia de reestructuración y resolución de entidades de crédito, el Banco de España tenga que dar a conocer al Ministerio de Economía y Competitividad, al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria o a las autoridades de las comunidades autónomas con competencias sobre entidades de crédito, así como, en las situaciones de urgencia a que se refiere el artículo 81, a las autoridades correspondientes de los Estados miembros de la Unión Europea afectados.

l) Las informaciones requeridas por el Tribunal de Cuentas o por una Comisión de Investigación de las Cortes Generales en los términos establecidos en su legislación específica.

m) La información comunicada a la Autoridad Bancaria Europea en virtud de la normativa vigente, y en particular, la establecida en los artículos 31 y 35 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, de 24 de noviembre. No obstante lo anterior, dicha información estará sujeta a secreto profesional.

n) La información comunicada a la Junta Europea de Riesgo Sistémico, cuando esta información sea pertinente para el desempeño de sus funciones estatutarias conforme al Reglamento (UE) n.º 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico.

ñ) La información comunicada a la Autoridad Europea de Valores y Mercados y a la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, cuando la información sea pertinente para el desempeño de sus funciones estatutarias conforme a los Reglamentos (UE) n.º 1094/2010 y 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo,

justificación en la especial naturaleza de las actividades del banco central, no resulta de aplicación al resto de las entidades de crédito y, fuera de esta norma, no existe otra semejante en nuestro ordenamiento.

Respecto al resto de las entidades financieras la confidencialidad cede ante distintas instancias, entre las que destacan la Admón. de Justicia y la Admón. Tributaria. El derecho cesa ante la primera en especial en caso de procedimientos penales, así se indica de forma taxativa en el art. 118 de la Constitución Española (en adelante CE) y en el art. 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ).

Dicho deber de colaboración es regulado con precisión a lo largo del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) referidos a la diligencia de entrada en domicilios particulares, que señala la obligación de entregar al Juez Instructor cualquier clase de libros, papeles u objetos que guarden relación con el proceso²⁵⁶. Este deber de colaboración llega más lejos, al establecer la facultad judicial de embargar y bloquear cuentas bancarias si se considera necesario para asegurar pruebas o garantizar responsabilidades civiles²⁵⁷.

En lo que respecta al objeto que nos ocupa, la posibilidad de acceso a la información bancaria resulta de vital importancia para llevar a cabo una efectiva lucha contra el fraude fiscal y, en general, contra toda clase de delitos económicos. De hecho, a lo largo de las comprobaciones de investigación, con cierta frecuencia se producen actitudes obstruccionistas que tienden a ocultar o destruir soportes documentales y contables,

de 24 de noviembre de 2010.

o) La información que el Banco de España tenga que proporcionar a los sistemas contractuales o institucionales de protección de conformidad con lo previsto en el artículo 113.7 del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio.

²⁵⁶ Arts. 573, 575 y 579 de la LECr.

²⁵⁷ Art. 589 y concordantes de la Ley Procesal Penal.

resultando con frecuencia determinante el acceso a los datos bancarios.

Además del caso arriba señalado, la normativa reconoce a la Fiscalía Antidroga la facultad de hacer cesar el secreto bancario, atribuyéndole el derecho de investigar la “situación económica y patrimonial así como las operaciones financieras y mercantiles de toda clase de personas”²⁵⁸ presuntamente relacionadas con el tráfico de estupefacientes, pudiendo requerir a cualquier entidad pública o privada la información que precisen. Esto, lógicamente, también afecta a las entidades bancarias. Idéntica facultad se le reconoce a la Fiscalía Anticorrupción, que está facultada para solicitar de los bancos y de las entidades financieras en general cualquier tipo de dato que precise en el curso de sus actuaciones previas.

Pero el secreto bancario se encuentra con otros límites debidos a la necesidad de cumplir las disposiciones vigentes en la normativa para la prevención del blanqueo de capitales²⁵⁹, creadas con la intención de impedir la utilización de las entidades financieras para estos fines, y que obliga a las mismas a comunicar cualquier movimiento sospechoso de estar relacionado con el blanqueo. Como veremos posteriormente, blanqueo y secreto bancario van con frecuencia unidos.

La norma que puso fin de forma radical al secreto bancario en España, entendido como excepción al deber de colaboración con la Administración tributaria²⁶⁰, fue la Ley 50/77, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes

²⁵⁸ Art. 18.bis de la Ley 50/81 de 30 de diciembre

²⁵⁹ La Ley 19/2003, de 4 de julio (BOE de 5 de julio), sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, modifica, en su D.A. primera, la Ley 19/1993 sobre determinadas Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales, para adaptarla a la Directiva 2001/97 (que a su vez había modificado la Directiva 91/308 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales).

²⁶⁰ Cfr. CAZORLA PRIETO, L. M., *El secreto bancario*, IEF. Madrid, 1978, págs. 132 y

de Reforma Fiscal que cimentó la creación del sistema fiscal español, al considerar que el secreto bancario suponía un importante hándicap en la implantación del mismo, al impedir el acceso a datos fundamentales sobre rentas, patrimonios y movimientos financieros, dada la escasa aceptación esperada en su implantación. En el apartado VIII de dicha Ley, “Secreto bancario y colaboración en la gestión tributaria”, se recogía el levantamiento del secreto bancario con ciertas garantías, y estableció el deber de proporcionar datos sobre terceras personas, concretamente en lo referido a las cuentas y las operaciones bancarias realizadas por los clientes.

Siguiendo el precedente marcado por la Ley 50/77, la Ley General Tributaria 58/03 de 17 de diciembre (en adelante LGT) ha recogido en su art. 93.3²⁶¹ la imposibilidad de los bancos de ampararse en el secreto

ss.; CERVERA TORREJÓN, F., “El secreto bancario en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal” en *Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, Vol. I, IEF. Madrid, 1978, págs. 559 y ss.

²⁶¹ Artículo 93. Obligaciones de información.

3. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario.

Los requerimientos individualizados relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos y demás operaciones activas y pasivas, incluidas las que se reflejen en cuentas transitorias o se materialicen en la emisión de cheques u otras órdenes de pago, de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y cuantas entidades se dediquen al tráfico bancario o crediticio, podrán efectuarse en el ejercicio de las funciones de inspección o recaudación, previa autorización del órgano de la Administración tributaria que reglamentariamente se determine.

Los requerimientos individualizados deberán precisar los datos identificativos del cheque u orden de pago de que se trate, o bien las operaciones objeto de investigación, los obligados tributarios afectados, titulares o autorizados, y el período de tiempo al que se refieren.

La investigación realizada según lo dispuesto en este apartado podrá afectar al

bancario para eludir los requerimientos de información practicados por la Administración tributaria referidos a sus clientes, siempre que los datos solicitados tengan transcendencia tributaria.

Si estas disposiciones resultaron relevantes para impedir la aplicación del secreto bancario, también resultó determinante el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1983 que, dando prioridad al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según su capacidad económica²⁶², estimó que la protección de la CE no alcanza a la reserva de las cuentas corrientes de los administrados. Y aún más relevante fue la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la sentencia de fecha 26 de noviembre de 1984. El origen de la cuestión se encuentra en el recurso planteado por el catedrático Fernando Garrido Falla contra una resolución²⁶³ de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria. Para el catedrático, dicha resolución vulneraba el derecho a la intimidad personal y familiar, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, y contra la misma interpuso recurso contencioso Administrativo ante la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de nulidad de la resolución impugnada²⁶⁴, y declaró

origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago, si bien en estos casos no podrá exceder de la identificación de las personas y de las cuentas en las que se encuentre dicho origen y destino.

²⁶² Art. 31.1 de la C.E.

²⁶³ Resolución del 10 de marzo de 1983 de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria. En ella se acordaba la investigación de las operaciones activas y pasivas que afectasen a determinadas entidades financieras en las que figurase como titular D. Fernando Garrido Falla.

²⁶⁴ 18 de junio de 1983.

inconstitucionales los artículos de la ley 50/77 de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal que autorizaban a la Administración, en ciertos supuestos, a investigar las cuentas corrientes bancarias de los contribuyentes al revisar sus liquidaciones tributarias, sin que sirviera para rehabilitarla la posterior promulgación de la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen²⁶⁵. La Audiencia Nacional consideraba que las cuentas corrientes formaban parte del ámbito de la intimidad personal y familiar, protegido en la Constitución.

La Abogacía del Estado apela esta Sentencia, y la Sala 3ª del Tribunal Supremo estima el recurso de apelación interpuesto, señalando en la Sentencia²⁶⁶ que la CE no ampara el secreto de las cuentas corrientes, al no quedar la intimidad económica dentro del ámbito de la intimidad personal o familiar, señalando expresamente que "si el legislador hubiera querido incluir dentro de la esfera de la intimidad personal o familiar la intimidad económica reflejada en las operaciones activas y pasivas de unas cuentas corrientes bancarias, hubiera incluido un precepto determinante de hasta dónde podía llegar esta esfera de intimidad". Además, indica la Sentencia, que la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen recoge en su exposición de motivos que los derechos que esta ley protege no son ilimitados, agregando que "los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad".

Respecto al derecho a la intimidad la Sentencia señala que "el sustraer siempre y en todo caso a las actuaciones de la administración la actividad económica de las personas física y jurídicas equivaldría a dar a este derecho a la intimidad un carácter absoluto e ilimitado frente a lo que

²⁶⁵ Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo.

²⁶⁶ STS de 29 de julio de 1983.

quiere el legislador...” y precisa sobre el contenido de la Sentencia apelada que “al reconocer la imposibilidad de la investigación administrativa de las cuentas corrientes en términos absolutos, está dando al derecho a la intimidad un carácter ilimitado, ya que difícilmente existirá otro cauce adecuado para que la Administración tributaria pueda comprobar de forma eficaz si las declaraciones de los administrados coinciden con la realidad...”²⁶⁷.

Algunos autores consideran excesiva esta conclusión²⁶⁸ del TS ya que, en su opinión, existen otros medios de investigación tales como los soportes documentales obligatorios (libros contables etc..) que constituyen los soportes principales, frente al carácter secundario de los movimientos de las cuentas bancarias, de forma que “no se puede admitir como verdad incontrovertible el que todos usen la cuenta bancaria de tal forma que el estudio de la misma sirva a la inspección para proteger el bien constitucionalmente protegido que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos; en algunos casos así será, en otros el estudio de sus cuentas no dirá nada y en otros la simple contemplación de los datos puede afectar a su más honda intimidad”²⁶⁹. Incluso algunos autores sostienen que “si el secreto profesional opera como límite infranqueable a las potestades inquisitivas de la jurisdicción en el proceso penal, manifestación ésta la más grave y trascendente de la autoridad

²⁶⁷ En el mismo sentido la STC 143/1994, de 9 de mayo (BOE de 13 de junio) considera que “resulta, por lo menos, cuestionable que en abstracto pueda entenderse vulnerada su intimidad por la exigencia de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial”.

²⁶⁸ Cfr. ORTEGA MALDONADO, J. M., “El secreto profesional como límite a las facultades de investigación y control de la administración fiscal”, Ponencia presentada en el Congreso Internacional del derecho a la información, México, 2004.

²⁶⁹ CABRA DE LUNA, J. M., “Derecho a la intimidad y funciones investigadoras de la inspección financiera y tributaria. Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Garrido-Falla”, *Impuestos*, vol. 4-6, 1985, pág. 1080.

estatal, con mucho mayor razón debe actuar ante la jurisdicción tributaria”²⁷⁰.

Sin embargo el propio Tribunal Supremo fija en la Sentencia ciertos límites al alcance de las actuaciones de comprobación de la inspección, ya que admite la existencia de asientos bancarios cuyo conocimiento puede vulnerar el derecho a la intimidad, y señala que el derecho a investigar las cuentas bancarias “no entraña la procedencia de la investigación justificativa de todas y cada una de las partidas contables reflejadas en dichas cuentas corrientes, pues si alguna de esas partidas estuviese afecta al derecho de intimidad personal y familiar reconocido en la Constitución a favor del contribuyente investigado, podrá éste invocar ese derecho e impedir, en su caso, la investigación o partidas de que se trate”.

Y es que, en ciertos casos, el conocimientos de los movimientos bancarios puede afectar a la intimidad familiar o personal más profunda, como por ejemplo la revelación “de los nombres de los clientes de un médico o clínica dedicados exclusivamente al tratamiento del SIDA, deducidos de la investigación de los ingresos bancarios de estos últimos, supone, de modo indiscutible, una agresión intolerable a la intimidad de aquéllos”²⁷¹.

No obstante no lo entiende así el TC que apoya el derecho de la inspección de acceder a los datos más íntimos, y señala “aunque la enfermedad engendre cierto sentimiento de humillación, es algo tan inevitable como comúnmente aceptado, por lo que no se comprende que si esta indeseada contingencia llega a producirse constituya un desdoro que

²⁷⁰ BAEZA ALBENDEA, A., CARO CEBRIAN, M. J. y CARO CEBRIAN, A., “Asistencia al contribuyente, secreto profesional y derecho a la intimidad en el ámbito tributario: nueva aportación (II)”, *Revista CaT (Monografías)*, núm. 82, 1988, pág. 6.

²⁷¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pág. 175.

el nombre de una persona figure en la lista de clientes de un médico o de una clínica o institución sanatorial, ni el hecho de que esta circunstancia pueda ser conocida por la Administración tributaria”²⁷².

Contra esta Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de julio de 1983 se interpuso demanda de amparo, al considerar que tanto la resolución inicialmente recurrida como la Sentencia del Tribunal Supremo, vulneraban el derecho, reconocido en el art. 18.1 de la CE, a la intimidad personal y familiar, al permitirse a la inspección, “sin habilitación legal suficiente, una intromisión en aspectos de la vida profesional, personal y familiar que se reflejan en las cuentas sometidas a investigación...”, y señalaba que la Sentencia no resultaba admisible por cuanto “el principio de igualdad de los administrados en el sostenimiento de los gastos públicos no es cobertura suficiente para justificar una vulneración de un derecho constitucional, pues el fin no justifica los medios”.

La solicitud del recurrente se dirigía a que el Tribunal Constitucional se manifestara acerca de “si la intimidad económica forma o no parte de la intimidad personal y familiar, y si las facultades exorbitantes que la Ley 50/77 confiere a los servicios inspectores de la Administración Tributaria pueden llegar, aunque sea potencialmente, a invadir la intimidad económica como parte de la intimidad personal. En el caso aquí planteado estamos ante un aspecto típico de invasión de la intimidad personal y familiar, al tratarse las cuentas bancarias cuya investigación se autoriza de cuentas de carácter marcadamente familiar, que, además, refleja también los ingresos profesionales y que puede suponer romper el secreto profesional”.

Por su parte la oposición del Ministerio Fiscal se fundamentaba en la clara diferenciación entre el secreto bancario y la investigación que la inspección pueda hacer sobre determinados movimientos bancarios, señalando que “la investigación tributaria de las operaciones bancarias de

²⁷² STC de 2 de julio de 1991.

un contribuyente no constituye en ningún caso actividad que lesione a la intimidad personal y familiar que se consagra por la Constitución, ya que el secreto bancario no puede ser obstáculo inamovible para la realización del interés general en un aspecto tan esencial como el de la recaudación impositiva.”. Asimismo hacía hincapié en esgrimir como límite al derecho a la intimidad el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, manifestando en sus alegaciones que “frente a la concepción ilimitada del derecho a la intimidad que el recurrente exhibe, hay que oponer el “deber constitucional recogido en el artículo 31.1 de la Constitución, que impone la obligación de contribuir a los gastos públicos mediante el Sistema Tributario”.

El recurrente hace un llamamiento en sus alegaciones al reconocimiento del instituto del secreto bancario al señalar que “el secreto bancario queda protegido por la Constitución, ya que la intimidad económica es uno de los elementos integrantes de la intimidad personal, puesto que la apertura de una cuenta corriente es un acto voluntario, que se produce en el bien entendido de que no va a constituir una fuente de información para nadie, incluida la Administración pública...”.

El 26 de noviembre de 1984 el TC dictó Sentencia²⁷³ denegando el amparo solicitado por el catedrático Fernando Garrido Falla. En ella se afirma , respecto a la pretensión de que las cuentas bancarias forman parte del ámbito protegido por el derecho a la intimidad, que “aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierta por el derecho a la intimidad nos encontraríamos que ante el fisco operaría un límite justificado de ese derecho. Conviene recordar, en efecto, que como ya ha declarado este Tribunal Constitucional, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que con relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o

²⁷³ STC 110/1984.

indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionales protegidos.” Y a lo anterior añade concretando sus conclusiones; “es posible que la actuación inspectora pueda en alguna ocasión, a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, interferirse en aspectos concretos del derecho a la intimidad. Pero como ya se ha advertido, este derecho al igual que los demás, tiene sus límites que en este caso vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas... La injerencia que para exigir el cumplimiento de ese deber pudiera producirse en el derecho a la intimidad no podría calificarse de arbitraria.”

Respecto a la protección buscada por el recurrente en el derecho bancario, la Sentencia diferencia claramente este instituto del secreto profesional en el fundamento décimo; “El recurrente invoca también en apoyo de su tesis la protección del secreto profesional y la del secreto bancario. Se trata como es notorio de cuestiones muy distintas y sumamente complejas que presentan problemas considerablemente variados y de diverso alcance..... Es evidente que si el secreto es obligado e incluso su violación es castigada penalmente (artículo 360 del Código Penal) la Inspección Fiscal no puede pretender que se viole. Pero también en este punto son aplicables algunas de las consideraciones anteriores. La exigencia de exigir las certificaciones del movimiento de las cuentas no viola en sí el secreto profesional, puesto que, como se ha advertido, en ellas sólo aparece la causa genérica de cada operación bancaria, y no el contenido concreto de la relación subyacente”.

El hecho de que el secreto bancario no esté expresamente reconocido en nuestro país no autoriza a la Administración a realizar pesquisas indiscriminadas en las cuentas bancarias, ya que, según una reciente Sentencia, “conforme a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre, al amparo de lo dispuesto en el art. 18.1 de la Constitución, en relación con el art. 17.1 del Pacto de

Nueva York de Derechos Civiles y Políticos, se ha de entender que las injerencias "arbitrarias o ilegales" están proscritas de nuestro ordenamiento jurídico.”²⁷⁴

De este modo, el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado, puesto que la norma no concede facultades ilimitadas de la Administración ni esta se excede en las concedidas, y por lo tanto no se vulnera, el secreto profesional ni el secreto bancario. Esta postura, de forma congruente, ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional en Sentencias posteriores al señalar, refiriéndose al deber de construir, que “Para los ciudadanos este deber constitucional implica, más allá del genérico sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que el artículo 9.1 de la norma fundamental impone, una situación de sujeción y de colaboración con la Administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos cuyo indiscutible y esencial interés público justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales”²⁷⁵, y que se ve reiterada posteriormente en otras Sentencias donde se manifiesta de nuevo respecto al derecho a la intimidad y los límites en general de los derechos constitucionales, señalando que el derecho a la intimidad “no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes”²⁷⁶,

Parece pues indudable que nuestra jurisprudencia constitucional ampara estas intromisiones en la intimidad de los contribuyentes, llevadas a cabo por la Administración tributaria, al no tratarse de un derecho ilimitado y constituir el deber de contribuir uno de esos límites. Asimismo se decanta por hacer una clara distinción entre secreto profesional y secreto bancario, quedando este claramente subordinado al interés público en lo que respecta a limitar sus efectos frente a la inspección tributaria.

²⁷⁴ STS 6348/2007 de 26 de septiembre.

²⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1.990, de 26 de abril.

²⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 143/1994 del 9 de mayo, Fund. Jurídico 6º.

II.3.2 CONFIGURACIÓN LEGAL DEL SECRETO BANCARIO EN SUIZA

Para hacer una aproximación al concepto de secreto bancario suizo se hace necesario desde ya explicar el porqué de este instituto, la idea que lo sustenta, para así dar idea del bien protegido y las garantías que se vulnerarían caso de producirse una infracción del mismo.

La idea central que subyace en el nacimiento y mantenimiento actual del secreto bancario suizo en el ámbito de la Confederación es la de que el derecho a la intimidad es personalísimo. La intimidad de cada individuo está constituida por aquello cuyo conocimiento está vedado a los demás, de forma que el resto de los individuos no pueden tener acceso a ello sin violentarla. Si, de forma voluntaria o involuntaria, consentida o no, alguien llegara a tener conocimiento de algún aspecto relativo a la esfera íntima individual, éste vendrá obligado a guardar secreto sobre la información a la que hubiera podido acceder. De este modo, a través de la obligación de secreto, se facilita y hace soportable la vida en sociedad que de otra forma devendría excesivamente tensa.

En Suiza, no existe realmente un concepto único de secreto profesional. Hay tres tipos de secretos: el secreto bancario, el profesional y los secretos comerciales. Este último se trata de un concepto de Derecho civil, que se corresponde con cierta idea de lealtad y su violación se castiga con la indemnización de daños y perjuicios. El secreto bancario²⁷⁷, por contra, es un concepto de derecho penal y es oponible ante las autoridades fiscales, salvo que los hechos investigados sean constitutivos de delito conforma a la normativa suiza.

Esta idea de protección de la intimidad mediante el secreto está muy arraigada en Suiza, por lo que la idea de partida en cualquier planteamiento pasa indefectiblemente por garantizar que la protección de

²⁷⁷ En Suiza, por lo general, el secreto bancario es conocido como secreto fiscal.

datos personales esté bien asegurada mediante un complejo entramado legal que garantice la efectividad de las distintas acepciones del mismo²⁷⁸.

La discreción que los bancos, sus órganos y el personal deben observar sobre los asuntos personales y económicos de sus clientes que hayan llegado a su conocimiento en el ejercicio de su profesión, es de naturaleza legal y por tanto no de naturaleza contractual, y, paradójicamente, también de naturaleza contractual porque aparece recogida en determinadas disposiciones del Código de obligaciones (CO)²⁷⁹. Analicemos a continuación esta aparente dualidad del instituto en Suiza.

a) El fundamento legal

La ley civil contribuye a asegurar la confidencialidad respecto a los derechos personales y la protección legal de datos personales, siendo los artículos 27 y 28 del Código Civil Suizo (CCS) los que permiten, a quien ha sufrido una interferencia ilícita en su intimidad, actuar contra cualquier persona implicada en este ataque²⁸⁰.

Cualquier persona física o jurídica tiene derecho a beneficiarse de esta protección legal, ya que la norma hace a la víctima de este tipo de agresión detentora de un derecho absoluto en este aspecto. Sin embargo, el artículo 28 se refiere de forma muy genérica a la posibilidad de solicitar defensa frente a cualquier acto ilícito contra la personalidad (artículo 28 bis

²⁷⁸ Cfr. WOLFGANG, W., "Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik", en WOLFGANG, W. (Coord.) y otros: *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, B.T.J.P., Berna, 1993.

²⁷⁹ Code des obligations, Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) RS 200, RO 27 321. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html>

²⁸⁰ Code Civil Suisse de 10 diciembre de 1907. RS 210, RO 24 245. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html#a80>

CCS)²⁸¹, constituyendo por tanto un marco estándar pues incluye dos conceptos cuyo contenido es indeterminado: la personalidad y la ilicitud.

Tradicionalmente, el Tribunal Federal erige en regla de Derecho la inviolabilidad de la vida privada y decide que no es sólo un principio moral, sino en realidad un "bien jurídico" (Rechtsgut). Además, para la jurisprudencia suiza, la privacidad de orden económico también se beneficia de esta protección y el patrimonio es objeto de una especial preocupación²⁸². Sin embargo, determinadas circunstancias pueden privar al acto de intromisión de su carácter ilegal, y así lo contempla el artículo 28.2 CCS, que enumera una serie de justificaciones²⁸³ que pueden surgir de la voluntad de la víctima, de una disposición legal expresa o de un interés público o privado.

Para asegurar la protección de la persona en materia de datos personales, Suiza aprobó la Ley Federal de Protección de Datos (LPD)²⁸⁴, y una Ordenanza de Ejecución (OLPD)²⁸⁵, en vigor desde el 1 de julio de 1993. Estas dos medidas están destinadas a completar los dispositivos de protección frente al riesgo de vulneración de la intimidad, teniendo en cuenta el estado de desarrollo de las tecnologías de la información y las

²⁸¹ El artículo 28 del CCS contiene un principio general y no define el contenido de la personalidad, la enumeración de los derechos de la persona no es exhaustiva, no define la ilicitud y se remite a la jurisprudencia para interpretar el concepto de personalidad.

²⁸² AUBERT, M. y otros, *Le secret bancaire suisse*, 3ª éd., Staempfli & Cie S.A., Berna, 1995, pág. 43 y ss.

²⁸³ "La charge de la preuve appartient à l'auteur de l'atteinte" (art. 8 CCS).

²⁸⁴ Loi fédérale sur la protection des données (LPD) de 19 de junio de 1992, RS 235.1. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920153/index.html>

²⁸⁵ Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD) de 14 de junio de 1993. RS 235.11. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19930159/201210160000/235.11.pdf>

telecomunicaciones. Esta ley no sólo debe proteger contra violaciones de la vida privada como consecuencia de la divulgación no consentida de datos personales, sino que también debe extenderse al almacenamiento y transmisión de los mismos. Esta nueva ley representa, respecto a la protección de datos, lo mismo que el artículo 28 CCS representa en el ámbito de la protección de la intimidad, y dispone que la recogida de datos personales sólo puede hacerse por métodos legales y conforme a la buena fe. Estos datos deben ser exactos, su tratamiento debe respetar el principio de proporcionalidad y no pueden utilizarse con una finalidad distinta a la que estaban destinados en su captación²⁸⁶.

También están previstas sanciones penales con respecto a cualquier recopilación ilegal de datos personales o para quien divulgue información personal secreta conocida a través de sus actividades profesionales (art.12.2 LPD). Entre las justificaciones recogidas en el texto legal, el consentimiento de la persona es considerado como motivo para justificar un ataque a la personalidad (artículo 13.1 LPD). Del mismo modo, la ausencia de oposición formal de la persona elimina el carácter ilegal de la infracción (artículo 12.3 LPD), y tampoco se considera ilegal un ataque a

²⁸⁶ A nivel internacional, vid CONSEJO DE EUROPA, *Convention núm. 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, reguladora de los flujos de datos transfronterizos, de 28 de enero 1981. La relación de países signatarios, Suiza entre ellos, a fecha actualizada están disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=108&CM=&DF=&CL=FRE>

Respecto a las lagunas que presenta la Convención 108 en lo referente al tratamiento automatizado de datos vid. TERWANGNE, C., DINANT, J.M., MOINY, J. PH. y otros, *Rapport sur les lacunes de la Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel face aux développements technologiques*, Direction Générale des affaires juridiques et des droits de l'Homme-Conseil de l'Europe, Estrasburgo, noviembre de 2010. Disponible en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/T-PD-BUR_2010_09%20FINAL.pdf

la intimidad en el caso de un "interés superior", para lo que el artículo 13.2 LPD contiene listas no exhaustivas de esos intereses a tener en cuenta. Estas situaciones se producen sobre todo cuando es útil para evaluar el crédito de los interesados, es decir, de los contratantes y concurrentes. Esta ley parece por lo tanto autorizar a cualquier tratamiento de los datos que se proporcionen en el caso de que existan intereses económicos en juego.

b) La base contractual

Para otros autores, en general la relación entre el banco y su cliente es contractual y el fundamento jurídico de la obligación del banco de observar el secreto está en el contrato celebrado entre el banco y su cliente²⁸⁷. La caracterización de este contrato ha alimentado un polémico debate doctrinal y, de hecho, en términos de depósitos monetarios, ciertos autores eran de la opinión de que, al menos para los depósitos a plazo, esto daría lugar a un depósito irregular²⁸⁸, un préstamo²⁸⁹, un contrato sui generis²⁹⁰ o una mezcla de varios. El Tribunal Federal de Suiza se adhiere en general a la teoría de depósito irregular y admite la calificación del depósito como un préstamo pendiente de pago²⁹¹, aunque considera que cada caso debe ser analizado de forma individual.

²⁸⁷ AUBERT, M. y otros, *Le secret bancaire suisse*, págs. 48-54.

²⁸⁸ WOLFGANG, W., "Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik", en *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, op. cit., pág. 129 y ss.

²⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Casación del cantón de Neuchâtel de 24 de enero de 1921 (ATF 21 1167), R.S.J. 17 (1920/21). También vid. ALBISETTI, E. y otros, *Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz*, 4ª ed., edit. Ott, Thoune, Suiza, 1987, pág. 539.

²⁹⁰ ATF 63 II 240, 243.

²⁹¹ Cfr. GUHL, T. y otros; *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9ª ed., Schulthess Verlag, Zurich, 2000, pág. 514.

Pero para comprender realmente el fundamento contractual del secreto bancario suizo debemos partir de la base de que la labor esencial del banquero consiste en la prestación de servicios de caja y, de esta forma se concluye que el contrato entre el banquero y su cliente debe ser calificado como de mandato. Obviamente es así, ya que la correcta ejecución de dicho mandato requiere, de forma necesaria, la custodia de los fondos que el banquero debe manejar, de forma que el mandato se configura como la base del concepto de depósito, y por lo tanto impide la calificación del depósito como contrato mixto o *sui generis*. De cualquier modo, respecto de las restantes operaciones bancarias no cabe duda alguna, ya que reúnen las características propias de los contratos de mandato²⁹².

El principal deber del banquero de confianza consiste en la “fiel ejecución del mandato”, como prevé el artículo 398.2 del Código de obligaciones (CO), constituyendo éste uno de los aspectos fundamentales de la obligación de lealtad²⁹³ del mandatario (“*Treuepflicht*”) ²⁹⁴. El cliente es calificado, en sus relaciones con la banca suiza, como “*maître du secret*” y, por lo tanto, es él quien determina la finalidad y el alcance del deber de discreción dentro de la normativa federal y cantonal en vigor, correspondiendo al banco interpretar correctamente el contrato, teniendo en cuenta todas las circunstancias para decidir qué tipo de información el

²⁹² GAUTSCHI, G “*Auftrag Der Einfache*”, artículo 400, en GAUTSCHI, G y otros, *Berner Kom-Mentar Bd. VI: Das Obligationenrecht*, Art. 394-406 OR, Volumen II, Parte IV, 3ª ed., Berna, 1971, págs. 537-540. Sentencia del Tribunal de Justicia Civil en Ginebra el 19 de junio de 1970, SJ 94 (1972).

²⁹³ SCHWAGER, P. *Das Bankgeheimnis Schweizerische*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1973, págs. 70-71. Señala que la obligación de secreto del agente se basa en el derecho específico de la lealtad. El gerente tiene la obligación de velar por los mejores intereses del cliente, entre las que destaca la obligación del agente de no revelar las relaciones comerciales y los datos económicos del cliente.

²⁹⁴ GAUTSCHI, G, “*Auftrag Der Einfache*”, artículo 398, *Berner Kom-Mentar Bd. VI: Das Obligationenrecht*, op. cit., págs. 365-366.

cliente no quiere que se divulgue.

Para los restantes contratos bancarios que no se rigen por la ley del mandato, tales como la custodia de títulos y valores confiados al banco para su gestión, el deber de discreción se basa en el principio de confianza establecida por contrato, dándose por supuesto que el concepto de secreto bancario es conocido por ambas partes y constituye una forma de actuar a la que ambos se someten, al menos de forma tácita²⁹⁵.

En general se estima que se trata de una obligación secundaria que deriva directamente del contrato, se puede incluso considerar que esta obligación contractual de carácter accesorio deriva del propio contrato, dado el ámbito general de aplicación establecido en el artículo 1 del CCS²⁹⁶. En el artículo 2.1 CCS²⁹⁷ se establece que cualquier deudor está

²⁹⁵ GRANER, P., “Responsabilité pénale d’après le CO et la loi bancaire y compris le secret professionnel du banquier”, *Fiche juridique suisse*, núm. 876, Ginebra, 1947, pág. 3-4.

²⁹⁶ Art. 1

A. Application de la loi

1.- La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions.

2.- A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur.

3.- Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

²⁹⁷ Art. 2

B. Etendue des droits civils

I. Devoirs généraux

1.-Chacun est tenu d’exercer ses droits et d’exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

2.- L’abus manifeste d’un droit n’est pas protégé par la loi.

obligado a cumplir con sus obligaciones en virtud del principio de buena fe, y por lo tanto la obligación de reserva existe, incluso en ausencia de disposición expresa en este sentido. Por otra parte, incluso en ausencia de contrato, el mero hecho de establecer contactos bancarios crea una relación de hecho que produce efectos jurídicos²⁹⁸. Este acto crea obligaciones accesorias, incluido el secreto bancario, esta vez basadas en la idea de la confianza. El artículo 2.1 CCS es la base de este principio de confianza y respeto, y su incumplimiento se sanciona en los artículos 97 y siguientes del CO²⁹⁹.

En cuanto a la extensión de este deber de discreción, es generalmente aceptado que el derecho a la protección de la personalidad requiere un secreto tan estricto como las impuestas por el legislador³⁰⁰ expresamente a los directivos de empresas³⁰¹, de forma que los bancos están obligados, por lo tanto, al deber de confidencialidad sobre todo lo que está a cargo de ellos y de lo que conozcan mediante el ejercicio de su profesión, ya sea en cuanto a la identidad del cliente, sus bienes o su actividad.

c) La protección otorgada por el derecho bancario.

En la medida en que el Código Penal Suizo (CPS)³⁰² sólo sanciona las violaciones de la confidencialidad de ocupaciones específicas (clero,

²⁹⁸ YUNG, W., "Devoirs généraux et obligations", en SCHÖNENBERGER, W., *Mélanges en l'honneur*, Editions Universitaires, Fribourg, Suiza, 1968, pág. 163 y ss. También en YUNG, W., *Etudes et articles*, colección "Memoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève, Suiza, 1971, pág. 119.

²⁹⁹ SCHWAGER, P., *Das Bankgeheimnis Schweizerische*, op. cit., pág. 66-68.

³⁰⁰ Art. 730, 819 y 999 del CO.

³⁰¹ BIZZOZERO, A., *Le contrat de gérance de fortune*, KPMG Fides, Fribourg, 1992, págs. 106 y ss.

³⁰² Code pénal suisse, du 21 décembre 1937, RS 311.0, RO 54 781. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html>

abogados, notarios, auditores de las empresas y profesionales de la medicina) con reclusión o multa, en caso de que los destinatarios de estos secretos los hubieran revelado, (artículo 321.1 CPS), el legislador suizo creó la infracción específica por violación del deber de discreción del banquero.

Para subsanar esta deficiencia, la Ley de Bancos (LB)³⁰³ establece, en su artículo 47, penas aplicables a aquellos que no respetan la obligación de confidencialidad que incumbe a los banqueros. Este artículo implica la obligación de secreto de las Disposiciones Generales de CO sobre el contrato, así como los artículos del CCS sobre el mismo, configurándose como una Ley económico-administrativa aplicable a los bancos en el sentido del artículo 1 LB. No es por tanto el artículo 47.1 LB el que definió el concepto de secreto bancario, sino el derecho privado. La jurisprudencia se pronuncia también en este sentido.

Cabe señalar que la violación de la norma imperativa de conducta recogida en el artículo 47³⁰⁴ tiene el propósito de proteger los intereses de

³⁰³ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB), du 8 novembre 1934, RS 952.0, RO 51 121. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19340083/index.html>

³⁰⁴ Art. 47

1.- Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, intentionnellement:

a. en sa qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'une banque, ou encore d'organe ou d'employé d'une société d'audit, révèle un secret à lui confié ou dont il a eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi;

b. incite autrui à violer le secret professionnel.

2 Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 250 000 francs au plus.

3 En cas de récidive dans les cinq ans suivant une condamnation entrée en force, la peine pécuniaire est de 45 jours-amende au moins.

4 La violation du secret professionnel demeure punissable alors même que la

los individuos y por lo tanto su incumplimiento es una ilegalidad en el sentido del artículo 41 del CO³⁰⁵. Así, quienes incumplan las obligaciones de discreción bancaria no sólo incurren en una pena de prisión de tres días a tres años (art. 36 CPS), y/o una multa de hasta 40.000 francos suizos (artículo 48 CPS), sino también la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el cliente.

d) Las sanciones penales para las infracciones de la confidencialidad

Junto con la protección especial prevista en el artículo 47 LB al secreto bancario, la sección 162 CPS castiga la divulgación intencional de un secreto industrial o comercial.

Esta disposición tiene un alcance más amplio que el artículo 47 LB, ya que tiende a proteger contra los delitos contra el patrimonio. De hecho, esta la violación de cualquier bien jurídico inmaterial y personal con un valor monetario. En la práctica, se habla de los secretos industriales, comerciales o de negocio. El secreto, por lo tanto, abarca todos los hechos o procesos que no son bien conocidos o accesibles al público y que están relacionados con el ejercicio de la actividad del cliente y que desea

charge, l'emploi ou l'exercice de la profession a pris fin.

5 Les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice sont réservées.

6 La poursuite et le jugement des infractions réprimées par la présente disposition incombent aux cantons. Les dispositions générales du code pénal sont applicables.

³⁰⁵ Art. 41 A. Principes généraux

I. Conditions de la responsabilité

1.- Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.

2.- Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer.

mantener en secreto en interés de su actividad.

Sin embargo, el artículo 162 CPS tiene un alcance más limitado que el artículo 47 LB en el sentido de que la obligación de confidencialidad impuesta a la banca afecta únicamente a los hechos lleguen a su conocimiento, que actualmente sean desconocidos y cuyo revelación puede afectar al cliente en su esfera económica o privada. Por otra parte, este delito se castiga únicamente si existe reclamación de la víctima perjudicada. El acto que se castiga es revelar el secreto a un tercero sin el consentimiento de la persona titular del derecho protegido³⁰⁶.

La protección conferida por el artículo 162 CPS es más restringida que la proporcionada por el 47 LB, porque no protege contra la divulgación de aspectos confidenciales y privados que carezcan de valor económico. Por otra parte, para que la revelación sea ilícita en el sentido del artículo 162 CPS, es necesario que el autor de la revelación está obligado a guardar secreto sobre la base de una obligación legal o contractual, sin embargo, como se señaló anteriormente, la relación entre el banquero y el cliente no siempre es relación contractual ya que ésta puede ser tratarse de una simple toma de contacto previa en una relación de negocios. No obstante, la verdadera protección penal a la violación del secreto bancario la encontramos en el artículo 320 CPS, que se refiere a la confidencialidad profesional³⁰⁷.

³⁰⁶ Art. 162:

Celui qui aura révélé un secret de fabrication ou un secret commercial qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle, celui qui aura utilisé cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers, sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

³⁰⁷ Art. 320 1. Celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

e) Las restricciones sobre el secreto bancario

Al igual que en otros países con secreto bancario, en Suiza se producen rupturas del mismo cuando intereses superiores están en juego. Huelga señalar que cuando el cliente da su consentimiento a que la información acerca de su persona sea revelada por el banquero no incurre en responsabilidad de ninguna clase, ya que, como hemos comentado anteriormente, el cliente, como “*maître de la relation*” (director de la relación), es libre de pactar su divulgación.

Por otra parte, el banquero estará obligado a revelar a las autoridades públicas toda la información requerida por ellos, únicamente cuando esta circunstancia esté expresamente prevista por la ley. Por ejemplo, en términos de impuestos federales directos, el contribuyente puede ser requerido por la Administración Tributaria para proporcionar cualquier tipo de documentos sobre sus relaciones comerciales (artículo 126.2 de la Ley del Impuesto Federal Directo, LIFD)³⁰⁸.

No obstante la doctrina dominante considera que esta disposición no constituye una base jurídica suficiente para exigir del banco que notifique los nombres de sus clientes³⁰⁹, y considera que el banco puede negarse a proporcionar cualquier información sobre su gestión que pudiera atentar

La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin.

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure.

³⁰⁸ Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) du 14 décembre 1990, RS 642.11, RO 1991 1184. Disponible en: <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19900329/201301010000/642.11.pdf>

³⁰⁹ AUBERT, M. y otros: *Le secret bancaire suisse*, op. cit., nota 5, pág. 242. Ver también la Circular N ° 19 de la AFC (Administration fédérale des contributions) de 7 de marzo de 1995, sobre la obligación de comunicar, declarar e informar en la LIFD (nota 10, pág. 3).

contra su deber de discreción, asumiendo incluso el riesgo de verse sancionado. De este modo la Administración no podría insistir en la petición de los documentos fiscales afectados por el secreto (reserva que estaba expresamente prevista en el artículo 9 del Decreto sobre el Impuesto Federal Directo (AIFD) ya derogado).

En cuanto al IVA, el alcance de la obligación de informar es significativamente mayor, aunque las operaciones bancarias se clasifican fuera del ámbito de aplicación de este impuesto. Sin embargo, esto no es aplicable al caso de prestación de servicios bancarios tales como gestión de activos, por ejemplo. Sin embargo, cuando el servicio se realiza por una persona domiciliada en el extranjero y es utilizado o explotado en el extranjero, la Administración Federal de Contribuciones (AFC) admite la exención de IVA en esta transacción. Por otra parte, la AFC aplica la presunción de uso del servicio en el extranjero cuando los destinatarios del mismo se encuentren en el extranjero, reduciendo así el riesgo de conflicto con el secreto bancario. Por otra parte, las investigaciones realizadas siguen estando sujetas, al igual que el intercambio de información en el ámbito internacional, al principio de proporcionalidad.

Ya comentamos anteriormente, y es un principio generalmente reconocido en la legislación fiscal suiza, que un tercero no puede ser obligado a proporcionar información al gobierno sin que una disposición legal así lo establezca expresamente, y el banquero, como tercero, no está obligado por un deber de información general. En cuestiones de impuestos, el banco, como tercero, está obligado a proporcionar información sólo en límites muy estrechos, y de hecho las sanciones que pueden aplicarse afectan únicamente al contribuyente.

En caso de evasión de impuestos, reprimidos en los artículos 174 a 185 LIFD, la reserva de secreto bancario es plenamente aplicable, sin embargo, para los delitos fiscales, la situación es diferente ya que se encuentra incurso en un procedimiento penal en el que el secreto bancario ya no está protegido. Incluso si el procedimiento penal se dirige contra uno de sus

clientes, el banquero no puede negarse, en principio, a declarar³¹⁰. El banquero llamado como testigo no puede negarse a comparecer, pero sin embargo no puede ser obligado a revelar los secretos del cliente. Del mismo modo, al formar parte del procedimiento, el banco está exento de confidencialidad dentro de su propio derecho a defenderse, teniendo en cuenta, por supuesto, la existencia de un interés legítimo a proteger. No obstante, lo anteriormente señalado no es fácil que se produzca, pues hay que precisar que la Administración debe disponer frente a un contribuyente de pruebas sólidas y concretas de un delito fiscal grave para iniciar actuaciones penales. Las investigaciones generales no son admisibles en derecho suizo³¹¹.

En los casos de presuntas infracciones tributarias graves, la AFC dispone de medidas especiales de investigación (artículo 199 LIFD). Sin embargo, el banco puede oponer el secreto bancario aplicable por referencia del artículo 192.2 LIFD al artículo 127.2 LIFD³¹². No obstante,

³¹⁰ AUBERT, M., *Le secret bancaire suisse*, op. cit., pág. 234.

³¹¹ OBERSON, X., "Questions actuelles concernant le secret bancaire dans la procédure fiscale", en AUBERT, M. y BERNASCONI, P., *Les nouveaux défis au secret bancaire suisse*, Méta-Editions, Lausanne, 1996, pág. 69.

³¹² Art. 127

1.- Doivent donner des attestations écrites au contribuable:

- a. l'employeur, sur ses prestations au travailleur;
- b. les créanciers et les débiteurs, sur l'état, le montant, les intérêts des dettes et créances, ainsi que sur les sûretés dont elles sont assorties;
- c. les assureurs, sur la valeur de rachat des assurances et sur les prestations payées ou dues en vertu de contrats d'assurance;
- d. les fiduciaires, gérants de fortune, créanciers gagistes, mandataires et autres personnes qui ont ou avaient la possession ou l'administration de la fortune du contribuable, sur cette fortune et ses revenus;
- e. les personnes qui sont ou étaient en relations d'affaires avec le contribuable, sur

el Tribunal Federal determinó que en una investigación, un banco no puede valerse del secreto bancario para oponerse a la ejecución de tal requerimiento. En caso de comisión de un delito, y no una mera sospecha, el delito es denunciado por la AFC a la autoridad penal competente (artículo 194.2. LIFD). En este caso el secreto bancario ya no es eficaz frente a la investigación criminal de la autoridad cantonal. Por último, cabe señalar que el banquero no puede refugiarse en el secreto bancario cuando se trate de violaciones de la legislación sobre blanqueo de capitales. Los artículos 305bis³¹³ y 305ter³¹⁴ se introdujeron en el CPS con

leurs prétentions et prestations réciproques.

2.- Lorsque, malgré sommation, le contribuable ne produit pas les attestations requises, l'autorité fiscale peut les exiger directement du tiers. Le secret professionnel protégé légalement est réservé.

³¹³ Art. 305bis

1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire de 500 jours-amende au plus est également prononcée.

Le cas est grave, notamment lorsque le délinquant:

- a. agit comme membre d'une organisation criminelle;
- b. agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchiment d'argent;
- c. réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en faisant métier de blanchir de l'argent.

3. Le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise.

³¹⁴ Art. 305ter

1.-Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé

efectos a partir del 1 de agosto de 1990. La primera de estas disposiciones reprime el blanqueo de fondos de origen delictivo.

En estos casos, tratándose de una disposición expresa del legislador, el secreto bancario se levanta y se debe proporcionar, a petición de la autoridad competente y por iniciativa propia, a los organismos de autorregulación (OAR)³¹⁵, toda la información disponible sobre el cliente

à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

2.-Les personnes visées à l'al. 1 ont le droit de communiquer au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent de l'Office fédéral de la police les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime.

³¹⁵ La Loi sur le blanchiment d'argent (LBA) prevé la posibilidad de que ciertos intermediarios financieros puedan ser supervisados por medio de un Organismo de autorregulación (organisme d'autorégulation (OAR)). Su finalidad es establecer los mecanismos necesarios para poner en práctica las obligaciones derivadas de la LBA y supervisar el cumplimiento de las obligaciones por parte de sus afiliados. Los OAR deben ser reconocidos y supervisados por el FINMA. Los OAR actualmente autorizados y supervisados por la FINMA son los siguientes (diciembre de 2014):

1. VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen
2. Chemins de fer fédéraux suisses CFF (OAR CFF)
3. Verband Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV)
4. Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT)
5. Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notarenverbandes (SRO SAV/SNV)
6. Association Romande des Intermédiaires Financiers (ARIF)
7. Schweizerischer Leasingverband (SLV)
8. PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein
9. OAR-G Organisme d'autorégulation fondé par le GSCGI et GPCGFG

en cuestión. Hay que tener en cuenta que en los procedimientos fiscales, es en principio imposible para la autoridad fiscal dirigirse directamente a un banco para obtener información o documentos en el procedimiento de inspección. Algunas son las excepciones previstas en el procedimiento fiscal de carácter penal, pero de una forma muy específica y limitada.

El Tribunal Federal ha limitado la transmisión de información y documentos contenidos en las causas penales por petición de la autoridad fiscal (artículo 112 a.1 LFID³¹⁶). Por otra parte, algunos cantones prevén la obligación de las autoridades judiciales civiles, administrativas y penales de notificar a las autoridades fiscales los presuntos casos de violación de las leyes fiscales y hay que tener en cuenta que la entrada en vigor de nuevas leyes fiscales en 1995 supuso socavar un poco más el secreto bancario³¹⁷.

II.4 REGULACIÓN LEGAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL CDI ESPAÑA-SUIZA

La postura de Suiza en materia de intercambio de información ha ido evolucionando desde que, en 1966, se suscribiera un convenio de doble imposición que no incluía cláusula alguna que permitiera la transmisión de datos con transcendencia tributaria. Habrían de transcurrir casi cuarenta

10. OAR-FIDUCIAIRE SUISSE

11. Selbstregulierungsorganisation des Schweizer Verbandes der Investmentgesellschaften (SRO SVIG)

12. Organisme d'autorégulation de l'ASA (OAR-ASA) Secrétariat OAR-ASA

³¹⁶ Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct de 14 de diciembre de 1990. RS 642.11

³¹⁷ BERNASCONI, P., "Le secret bancaire suisse entre deux feus: procédures pénales et fiscales", en AUBERT, M. y BERNASCONI, P., *Les nouveaux défis au secret bancaire suisse*, op. cit., pág. 21.

años para poder incluirla en el Acuerdo Comunidad Europea-Suiza firmado en Luxemburgo el 26 de octubre de 2004³¹⁸, que sí incluía una cláusula de intercambio de información previo requerimiento en materia de ilícitos penales tributarios. A éste le siguió el Protocolo de 29 de junio de 2006³¹⁹, por el que se modificaron varias disposiciones del convenio hispano-suizo incluyendo una cláusula de intercambio de información³²⁰ que hacía referencia al ámbito temporal de aplicación y especificaba que dicho intercambio de información no tendría, en ningún caso, carácter retroactivo. Las características principales eran:

-el establecimiento del intercambio de información rogado,

³¹⁸ Finalmente aprobado por Decisión 2009/127/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, para luchar contra el fraude y cualquier otra actividad ilegal que afecte a sus intereses financieros.

Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009D0127&from=ES>

El Acuerdo tiene como finalidad la lucha contra el fraude y contra las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de las partes contratantes. Se excluyen del alcance del convenio los impuestos directos, incluidos los que gravan las rentas y los patrimonios ocultos en instituciones financieras amparadas por el secreto bancario. La cooperación administrativa en materia de intercambio de información se extiende tanto a la recaudación de deudas y créditos como a la adopción de medidas cautelares para asegurar el cobro. El Acuerdo y el Acta Final está disponible en <http://www.boe.es/doue/2009/046/L00006-00035.pdf>

³¹⁹ Protocolo que modifica el convenio de 26 de abril de 1966 entre España y la Confederación suiza para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Madrid el 29 de junio de 2006. Disponible en http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/Protocolo_Suiza.pdf

³²⁰ Dicha cláusula se inspira tanto en el convenio de doble imposición entre Suiza-EEUU como en el propio Acuerdo Comunidad Europea-Suiza, que establece medidas equivalentes a las previstas en la Directiva del Ahorro.

-la inclusión de una cláusula de secreto tributario internacional que limita el acceso y el uso de la información intercambiada conforme al MCOCDE, si bien se permite su uso para otros fines en determinadas circunstancias,

-se recogen los límites tradicionales al intercambio de información del art. 26.3 MCOCDE;

-se excluye la posibilidad de rehusar el intercambio de información alegando una falta de interés doméstico tributario en la obtención de los datos solicitados;

-se limita el intercambio de información bancaria a supuestos de delito fiscal y se establece una especie de cláusula de nación más favorecida³²¹ en favor de España,³²²

Pero sobre todo, contempla el intercambio de información no únicamente en caso de fraude fiscal entendido como comportamiento fraudulento tipificado como delito conforme al Derecho de ambos Estados, punible con penas privativas de libertad, sino que engloba por primera vez en un CDI suizo el intercambio en caso de simulación (entendida conforme al artículo 1275 del Código Civil español) tramitados conforme al artículo 16 LGT³²³.

La asistencia administrativa de Suiza se rige por acuerdos bilaterales contra la doble tributación. A este respecto conviene señalar que los convenios españoles para evitar la doble imposición siguen el modelo OCDE e incorporan un artículo que regula el intercambio de información

³²¹ Art. IV.11. del Protocolo España-Suiza de 2006.

³²² CALDERÓN CARRERO, J. M., "Intercambio de información y asistencia mutua", en CARMONA MÉNDEZ, N., CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., TRAPÉ VILADOMAT, M., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, op. cit., págs. 676 y 677.

³²³ Art. IV.4.b. del Protocolo España-Suiza de 2006.

de acuerdo con las orientaciones del artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE, que representa la consecuencia práctica más evidente del cambio de postura de la OCDE a raíz del nuevo posicionamiento de los EE.UU. en lo referente a los criterios de delimitación de los paraísos fiscales y las jurisdicciones no cooperativas, en tanto se configura como un instrumento que responde a la finalidad esencial de fomentar la cooperación internacional en materia tributaria mediante el intercambio de información.

En marzo de 2009, el Consejo federal tomó la decisión de ampliar la asistencia administrativa levantando las reservas al art. 26 del MCOCDE y adoptándolo como futuro referente en materia de intercambio. El siguiente paso fue implementar esta legislación negociando nuevos CDI o revisando los convenios existentes, de modo que los Estados con un nuevo CDI o un CDI revisado podían obtener información con fines fiscales mediante la presentación de una demanda concreta y razonada, pero no mediante intercambio automático o general³²⁴.

La Ordenanza sobre asistencia administrativa basada en un CDI entró en vigor el 1 de octubre de 2010, y regula la asistencia administrativa conforme a los nuevos CDI o los CDI revisados. El 1 de febrero de 2013, fue sustituida por la Ley sobre asistencia administrativa en materia fiscal³²⁵ (LAAF). Desde esa fecha en Suiza se facilitarían todos los datos que le soliciten otros países³²⁶, tal como fue aprobado el 28 de septiembre de

³²⁴ A fecha 14 de noviembre de 2014 Suiza ha firmado 49 CDI y 7 AI conforme al estándar internacional de intercambio de información de la OCDE. Disponible en <http://www.admin.ch/aktuell/00089/?lang=fr&msg-id=55236>

³²⁵ Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale du 28 septembre 2012.

³²⁶ Art. 4 (LAAF)

2012 en el parlamento suizo. Así, Suiza entregará información a demandas de información masiva³²⁷ y levantando el secreto bancario³²⁸ a todos

1 L'assistance administrative est accordée exclusivement sur demande.

2 La procédure d'assistance administrative est menée avec diligence.

³²⁷ Art. 6 Demandes

1. La demande d'un Etat étranger doit être adressée par écrit, dans l'une des langues officielles suisses ou en anglais, et contenir les indications prévues par la convention applicable.

2 Si la convention applicable ne comporte aucune disposition sur le contenu de la demande et qu'aucune réglementation ne peut être déduite de la convention, la demande devra comprendre les informations suivantes:

a. l'identité de la personne concernée, cette identification pouvant aussi s'effectuer autrement que par la simple indication du nom et de l'adresse;

b. l'indication des renseignements recherchés et l'indication de la forme sous laquelle l'Etat requérant souhaite les recevoir;

c. le but fiscal dans lequel ces renseignements sont demandés;

d. les raisons qui donnent à penser que les renseignements demandés sont détenus dans l'Etat requis ou sont en la possession ou sous le contrôle d'un détenteur des renseignements résidant dans cet Etat;

e. le nom et l'adresse du détenteur supposé des renseignements, dans la mesure où ils sont connus;

f. la déclaration selon laquelle la demande est conforme aux dispositions législatives et réglementaires ainsi qu'aux pratiques administratives de l'Etat requérant, de sorte que, si les renseignements demandés relevaient de la compétence de l'Etat requérant, l'autorité requérante pourrait les obtenir en vertu de son droit ou dans le cadre normal de ses pratiques administratives;

g. la déclaration précisant que l'Etat requérant a utilisé tous les moyens disponibles en vertu de sa procédure fiscale nationale.

3 Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, l'AFC en informe l'autorité requérante par écrit et lui donne la possibilité de compléter sa demande par écrit.

³²⁸ Art. 8 LAAF

aquellos países que hayan firmado un CDI (entre ellos España), y asimismo levanta el secreto bancario para las cuentas no identificadas de clientes en el país helvético. En aquellos aspectos que no la contradigan seguirá vigente la Ley de procedimiento administrativo de 20 de diciembre de 1968³²⁹. En materia penal el intercambio de información se lleva a cabo conforme a lo dispuesto en la Ley federal del 20 de marzo de 1981 de asistencia judicial internacional en materia penal³³⁰ (EIMP) recientemente revisada para adaptarla al nuevo estándar internacional de intercambio de información.

El 27 de julio de 2011 se firmó entre el Reino de España y la Confederación Suiza el Protocolo de modificación³³¹ del convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la Renta y sobre el patrimonio firmado en Berna en 1966, y que viene a actualizar el anterior protocolo suscrito en 29 de junio de 2006 (en adelante el Protocolo de modificación). El Protocolo de modificación fue publicado en

1

2 Les renseignements détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire, un fondé de pouvoirs ou un agent fiduciaire, ou les renseignements concernant les droits de propriété d'une personne ne peuvent être exigés que si la convention applicable prévoit leur transmission.

³²⁹ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA) RS 172.021

³³⁰ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP)

³³¹ "Protocolo entre el Reino de España y la Confederación Suiza que modifica el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio firmado en Berna el 26 de abril de 1966, y su Protocolo, modificados por el Protocolo firmado en Madrid el 29 de junio de 2006, hecho en Madrid el 27 de julio de 2011." Se encuentra disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2013/06/11/pdfs/BOE-A-2013-6151.pdf> (acceso 22 de mayo de 2014).

el BOE el 11 de junio de 2013 y entró en vigor el 24 de agosto de ese mismo año³³².

Como antes se señaló, el protocolo de 2006 ya había incluido una cláusula de intercambio de información y había adoptado las medidas necesarias para garantizar al intercambio con Suiza la aplicación de las disposiciones de las directivas comunitarias en materia de fiscalidad directa. El nuevo protocolo supuso la mejora de esta cláusula de intercambio de información, así como la actualización del articulado del convenio para adaptarlo tanto a los cambios que se han producido en el modelo de convenio de la OCDE antes señalados como a las nuevas relaciones económicas y comerciales entre España y Suiza, y sirvió además para certificar el fin del secreto bancario suizo que se evidenció con la firma en febrero 2013 del Acuerdo FATCA USA-Suiza, y un cambio de

³³² Art. 13 del Protocolo de modificación, conforme al que la entrada en vigor será:

a) En relación con los impuestos retenidos en la fuente, sobre las cantidades pagadas o debidas a partir de la fecha, inclusive, en la que el Protocolo de modificación entre en vigor.

b) En relación con otros impuestos, a los ejercicios fiscales que comiencen a partir de la fecha, inclusive, en la que el Protocolo de modificación entre en vigor.

c) En relación con el nuevo artículo 25 bis (intercambio de información), por lo que respecta a los impuestos comprendidos en el artículo 2 del convenio, a los ejercicios fiscales que comiencen a partir del 1 de enero de 2010, inclusive, o a los impuestos exigibles por las cantidades pagadas o debidas desde esa fecha.

d) En relación con el nuevo artículo 25 bis (intercambio de información), por lo que respecta a otros impuestos, a los ejercicios fiscales que comiencen a partir del primer día de enero del año inmediatamente posterior a la entrada en vigor del presente Protocolo de modificación, o a los impuestos exigibles por las cantidades pagadas o debidas desde esa fecha.

e) En relación con el nuevo párrafo 5 del artículo 25 del Convenio (cláusula de arbitraje), a los procedimientos amistosos iniciados desde la entrada en vigor de este Protocolo de modificación.

paradigma en el orden tributario internacional en el que se constata la implantación de mecanismos de carácter global para hacer frente a las estructuras de fraude basadas en la falta de información de las diversas autoridades fiscales nacionales respecto a las operaciones desarrolladas en otras jurisdicciones.

De este modo, con este nuevo marco institucional, las autoridades fiscales españolas podrán disponer de toda la información tributaria relevante para el control adecuado y efectivo de los contribuyentes españoles con titularidades en Suiza, ya que implica la posibilidad de acceso a toda la información bancaria y contable, así como la capacidad para identificar a los beneficiarios efectivos de cualquier tipo de transacción llevada a cabo en el país. El protocolo incluye una cláusula que prevé la posibilidad de acudir a arbitraje en los casos en los que las autoridades competentes de ambos estados no alcancen un acuerdo sobre un procedimiento en el plazo de tres años.

El nuevo protocolo introduce modificaciones en los siguientes artículos del CDI España-Suiza:

1. Art. 2.3.a).- Establece el alcance de las disposiciones del CDI a los siguientes impuestos españoles:

- Impuesto sobre la renta de las personas físicas;
- Impuesto sobre la renta de sociedades;
- Impuesto sobre la renta de no residentes;
- Impuesto sobre el patrimonio; y
- Impuestos locales sobre la renta y sobre el patrimonio³³³.

³³³ Art. 1 del Protocolo de modificación:

“a) en España:

(i) el impuesto sobre la renta de las personas físicas;

2. Art. 3.1.a), Sustituye el término "España" por el de "Reino de España" entendido en sentido geográfico a efectos del CDI³³⁴.

3. Art. 5.3 Se añade el apartado f) que deja fuera del concepto de establecimiento permanente el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de actividades mencionadas en los subapartados a) a e) de ese mismo artículo, siempre que el conjunto de la actividad del lugar del negocio que resulte de esa combinación sea de carácter auxiliar o preparatorio³³⁵.

4. Art. 9 Se añaden los apartados 2 y 3 al artículo 9, que contemplan la posibilidad, entre empresas asociadas, de practicar los ajustes que procedan de la cuantía del impuesto que grava los beneficios del otro Estado, siempre que no se trate de un caso de fraude o incumplimiento

(ii) el impuesto sobre la renta de sociedades;

(iii) el impuesto sobre la renta de no residentes;

(iv) el impuesto sobre el patrimonio; y

(v) los impuestos locales sobre la renta y sobre el patrimonio;

(denominados en lo sucesivo "impuesto español"

³³⁴ Art. 2 del Protocolo de modificación:

"a) el término "España" significa el Reino de España y, utilizado en sentido geográfico, significa el territorio del Reino de España, incluyendo las aguas internas, el espacio aéreo, el mar territorial y las áreas exteriores al mar territorial en las que, con arreglo al Derecho internacional y en virtud de su legislación interna, el Reino de España ejerza o pueda ejercer en el futuro jurisdicción o derechos de soberanía respecto del fondo marino, su subsuelo y aguas suprayacentes, y sus recursos naturales;"

³³⁵ Art. 3.1 del Protocolo de modificación:

"f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados a) a e), con la condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación sea de carácter auxiliar o preparatorio."

intencionado³³⁶.

5. Art.10.2. Se sustituye el apartado b) y se añade el apartado c), indicando respecto a los dividendos que el Estado contratante en el que la sociedad pagadora sea residente considerará exentos los dividendos pagados por esa sociedad a una sociedad cuyo capital esté total o parcialmente dividido en acciones o participaciones y que sea residente del otro Estado contratante, siempre que posea directamente al menos el 10% del capital de la sociedad que paga los dividendos durante al menos un año (anteriormente, el 25% del capital durante al menos dos años). También establece que los dividendos pagados a un fondo o plan de inversiones reconocidos, residente en un Estado contratante, sólo pueden someterse a imposición en ese Estado contratante³³⁷.

³³⁶ Art. 4 del Protocolo de modificación:

“2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado –y someta, en consecuencia, a imposición– los beneficios sobre los cuales una empresa del otro Estado ha sido sometida a imposición en ese otro Estado contratante y ese otro Estado reconozca que los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste que proceda a la cuantía del impuesto que ha gravado esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario.

3. Lo dispuesto en el apartado 2 no será aplicable en caso de fraude o incumplimiento intencionado.”

³³⁷ Art. 5 del Protocolo de modificación:

“b) No obstante lo dispuesto en el subapartado anterior, el Estado contratante en el que la sociedad que paga los dividendos sea residente considerará exentos los dividendos pagados por esa sociedad a una sociedad cuyo capital esté total o parcialmente dividido en acciones o participaciones y que sea residente del otro Estado contratante, siempre que esta posea directamente al menos el 10 por ciento del capital

6. Art. 13.3. Se reemplaza el apartado 3 que se convierte en el apartado y se añade un nuevo apartado 3. Con estas modificaciones las ganancias de capital obtenidas por un residente de uno de los Estados derivado de la enajenación de acciones, participaciones o derechos similares cuyo valor proceda de más de un 50% de bienes inmuebles situados en el otro Estado, pueden someterse a imposición en ese otro Estado³³⁸.

7. Art. 23. Se disponen nuevas reglas para evitar la doble imposición tanto para España como para Suiza³³⁹:

a) En España la doble imposición se eliminara bien de conformidad con

de la sociedad que paga los dividendos durante al menos un año, y siempre que la sociedad que paga los dividendos esté sujeta y no exenta respecto de los impuestos comprendidos en el artículo 2 del Convenio, y que ninguna de las sociedades sea residente de un tercer Estado en virtud de un convenio para evitar la doble imposición con ese tercer Estado. Ambas sociedades deben revestir la forma de sociedades de capital.”

“c) No obstante lo dispuesto en el subapartado a), los dividendos pagados a un fondo o plan de pensiones reconocido, residente en un Estado contratante, sólo pueden someterse a imposición en ese Estado contratante.”

³³⁸ “3. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante de la enajenación de acciones o participaciones, o derechos similares, cuyo valor proceda en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en el otro Estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado. Lo dispuesto en la frase anterior no será de aplicación:

a) a la enajenación de acciones cotizadas en una Bolsa de Valores suiza o española, o en cualquier otra Bolsa que puedan acordar las autoridades competentes; o

b) a la enajenación de acciones o participaciones de una sociedad si la sociedad utiliza el bien inmueble para su propia actividad industrial.”

“4. Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los apartados 1, 2 y 3 sólo pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que resida el transmitente.”

³³⁹ Art. 7 del Protocolo de modificación.

las disposiciones de su legislación interna (incluyendo el método de exención de los arts. 21 y 22 TRLIS) o bien en aplicación del método de imputación ordinaria previsto en el CDI aplicado de conformidad con lo dispuesto en la legislación española. El Convenio también recoge la cláusula de salvaguarda de la progresividad.

Resulta reseñable la eliminación de los apartados 4 y 5 del art. 23 del CDI de 1966 que recogían la asimilación de la participación en una filial extranjera a la participación en una filial residente que permitía la aplicación del método del art. 30 TRLIS, así como la cláusula de tax sparing/matching credit para intereses.

b) En Suiza se aplicará el método de exención con progresividad, con carácter general, excepto en relación con dividendos y cánones de fuente española respecto de los cuales resultarán de aplicación otras fórmulas para eliminar la doble imposición como a) una reducción a tanto alzado del impuesto suizo, b) una deducción en aplicación del método de imputación ordinaria; o c) una exención parcial del impuesto suizo, consistente en cualquier caso al menos en la deducción del impuesto exigido en España.

8. Art. 25. Se modifica el apartado 1 y se añaden los apartados 2 y 5. Se da nueva redacción de la cláusula del procedimiento amistoso para eliminar conflictos en la aplicación del CDI, y se incluye una cláusula de arbitraje similar a la recogida en el art. 25.5 del MCOCDE 2010³⁴⁰.

9. Art. 25 bis). Se sustituye este artículo sobre intercambio de información por una nueva redacción plenamente adaptada al artículo 26 del MCOCDE 2010. Se establece que las autoridades de los estados contratantes intercambiarán la información necesaria para aplicar lo dispuesto en el Convenio, y que dicha información se mantendrá en secreto y sólo se desvelará a las personas o autoridades (tribunales y órganos administrativos) encargados de la liquidación o recaudación de los

³⁴⁰ Art. 8 del Protocolo de modificación.

impuestos conforme a la regla de último recurso³⁴¹.

³⁴¹ Art. 9 del Protocolo de modificación. El artículo 25 bis (Intercambio de información) del Convenio se sustituye por el siguiente artículo:

“Artículo 25 bis. Intercambio de información.

1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales en la medida en que la imposición prevista en el mismo no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no estará limitado por los artículos 1 y 2.

2. La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 se mantendrá en secreto de la misma forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, o de la resolución de los recursos relativos a los mismos. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines. Podrán desvelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales. No obstante lo anterior, la información recibida por un Estado contratante puede utilizarse para otros fines cuando esa información pueda utilizarse para otros fines de conformidad con las leyes de ambos Estados y la autoridad competente del Estado que la suministra autorice dicho uso.

3. En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación y práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante;

b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio habitual de su práctica administrativa, o de las del otro Estado contratante;

c) suministrar información que revele un secreto empresarial, industrial, comercial o profesional, o un procedimiento industrial, o información cuya comunicación sea

En este sentido, el párrafo IV del Protocolo se sustituye por una nueva redacción³⁴² que regula la aplicación del intercambio recogido en el art. 25bis) tratando de conseguir un intercambio efectivo de información proporcionado y con salvaguardas frente a las “fishing expeditions”, recogiendo de forma expresa la exclusión de la modalidad de intercambio automático y espontáneo de información, así como la inclusión del derecho de los contribuyentes a un procedimiento justo y reglas relativas al procedimiento. Concretamente se reconoce el derecho de participación de los obligados tributarios” afectados por los requerimientos de información, y se contempla como interrupción justificada a efectos de procedimientos tributarios españoles el tiempo transcurrido desde la petición de la información hasta su recepción por el Estado que la solicitó. Por último establece que las personas implicadas en una actuación seguida en España no podrán invocar irregularidades en el procedimiento seguido en Suiza

contraria al orden público (ordre public).

4. Cuando un Estado contratante solicite información en virtud del presente artículo, el otro Estado contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aún cuando este otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tributarios. La obligación precedente está limitada por lo dispuesto en el apartado 3, pero en ningún caso tales limitaciones podrán interpretarse como base para denegar el intercambio de información exclusivamente por la ausencia de interés nacional en la misma.

5. En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante denegar el intercambio de información únicamente porque ésta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria, incluidos los agentes designados, o porque esté relacionada con acciones o participaciones en una persona. A fin de obtener tal información, las autoridades fiscales del Estado contratante al que se requiere la información, cuando sea necesario para cumplir con las obligaciones contraídas en este apartado, estarán facultadas para obligar a la comunicación de información a la que se refiere este apartado, no obstante lo dispuesto en el apartado 3 o en cualquier disposición en contrario de su normativa interna.”

³⁴² Art. 12 del Protocolo de modificación.

para recurrir su caso ante los tribunales españoles.

III. INICIATIVAS CONVENCIONALES EN EL ÁMBITO DEL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE INFORMACIÓN

Sumario

III.1. EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN DEL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE INFORMACIÓN FISCAL III.2. EL MODELO FATCA DE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN III.2.1. El Acuerdo FATCA España III.2.2. El Acuerdo FATCA Suiza III.3. LOS ACUERDOS RUBIK. III.4. LA PROPUESTA OCDE DE ESTÁNDAR INTERNACIONAL PARA EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN FISCAL III.5. EL PLAN BEPS DE LA OCDE III.5.1. Postura suiza frente al plan BEPS

III.1 EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN DEL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE INFORMACIÓN FISCAL

El contexto internacional se orienta claramente en los últimos años, a la puesta en práctica de sistemas de intercambio automático de información financiera entre Administraciones fiscales. Este creciente interés de las distintas Administraciones fiscales de conocer las rentas obtenidas en el extranjero por sus contribuyentes tiene como objetivo principal aumentar la recaudación de los impuestos que gravan rentas y patrimonios no declarados. Hasta fechas recientes, los distintos Estados obtenían información fiscal de otros países a través de solicitudes de información al país donde se generaba la renta o se situaba el patrimonio. Este sistema de intercambio rogado plantea dos importantes limitaciones; la necesidad de tener indicios previos de la existencia de bienes o rentas en el extranjero

para poder requerir información, y la escasa voluntad cooperativa de algunas jurisdicciones amparadas fundamentalmente en su normativa interna sobre secreto bancario.

La falta de instrumento jurídico regulador a nivel internacional de la movilidad de factores como el capital, ha desembocado en una competencia fiscal perniciosa manifestada en la deslocalización de rentas hacia Estados que ofertan niveles de imposición excesivamente bajos con el objetivo principal de atraer capitales hacia sus jurisdicciones, afectando negativamente a otros Estados³⁴³. Debido a la opacidad ofrecida por el Estado receptor, el resto de los Estados se enfrentan con la imposibilidad de recabar la información necesaria para someter a gravamen a los obligados nacionales que deslocalicen rentas en otros Estados más atractivos fiscalmente³⁴⁴.

El intercambio automático de información constituye una herramienta que presenta indudables beneficios desde la perspectiva del control tributario y de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, por su capacidad para proporcionar información sobre rentas o capitales de fuente extranjera. Este resulta de gran utilidad a la hora de detectar posibles incumplimientos fiscales sin tener que recurrir a actuaciones de investigación para obtener indicios suficientes que justifiquen una solicitud de información, lo que alentaría el cumplimiento voluntario de sus obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes³⁴⁵. Esto adquiere

³⁴³ LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., *La Competencia Fiscal Desleal entre los Estados Miembros de la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 30 y ss.

³⁴⁴ LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., "Diferentes enfoques para el intercambio automático de información", *Quincena Fiscal 15-16*, Septiembre 2013, pág. 22.

³⁴⁵ OCDE, *Automatic Exchange of Information. What is, How it Works, Benefits, What remains to be done*, OECD Publications, 23 de julio de 2012, pág. 19. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/automatic-exchange-of-information-report.pdf> (Último acceso 7 de diciembre de 2014)

mayor relevancia en la situación actual de crisis económica³⁴⁶ en la que los países necesitan allegar recursos para hacer frente a las caídas en la recaudación que aquella ha provocado dado que la ausencia de intercambio automático de información limita en gran medida “las posibilidades de control de inversiones de cartera o de rendimientos de capital en áreas de baja tributación”³⁴⁷. En momentos de falta de ingresos los Estados pueden adoptar respuestas unilaterales para conseguir mayor número de ingresos. La elección de respuestas de tipo unilateral/bilateral y multilateral “está en la raíz del análisis de las actuales tendencias sobre obtención de información tributaria en el ámbito internacional”³⁴⁸.

Como ya se apuntó en apartados anteriores, los instrumentos normativos que habitualmente sirven de base jurídica al intercambio de información en el Derecho internacional, al margen de los establecidos en la UE, dedican poca o nula atención a este tipo de intercambio. Así ocurre con los anteriormente tratados MCOCDE, MAOCDE y MCONU, así como con el Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria³⁴⁹. Las dificultades de orden político y técnico que plantea la implantación de esta modalidad de intercambio se han visto reflejadas en la escasa atención prestada a la misma por estas Organizaciones Internacionales, más centradas en facilitar

³⁴⁶ Sobre la influencia de la crisis económica en el intercambio de información vid. CALDERÓN CARRERO, J.M., “La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI”, *Documentos de trabajo núm. 20/06*, Instituto Estudios Fiscales, 2006, pág. 17 y ss.

³⁴⁷ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Intercambio de información y asistencia mutua”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, op. cit., pág. 787.

³⁴⁸ MARTÍNEZ GINER, L.A. “El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK”, *Quincena Fiscal*, núm. 19, 2012.

³⁴⁹ <http://www.oecd.org/dataoecd/11/29/2499078.pdf>.

los intercambios a requerimiento previo y eliminar trabas a la aplicación del mismo.

En la OCDE hasta el año 2012 sus progresos en este campo se limitan a establecer una serie de Recomendaciones relativas a la normalización del formato en el que habría de realizarse el intercambio automático, a la aprobación del Modelo de protocolo de acuerdo entre autoridades competentes para el intercambio automático de información con fines tributarios³⁵⁰ y la del Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios³⁵¹, que contiene un módulo dedicado a esta modalidad de intercambio. La propia OCDE reconoce en su informe “Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios” del año 2000³⁵² que únicamente 11 de sus miembros³⁵³ aplicaban esta modalidad de intercambio, información que no se recogió en los posteriores Informes de Progreso de 2003 y 2007.

La propia OCDE reconoce en un informe publicado en enero de 2012³⁵⁴

³⁵⁰ OCDE, Draft Council Recommendation on the use of the OECD Model Memorandum of Understanding on Automatic Exchange of Information for Tax Purposes, febrero de 2001. Disponible en: [2666393.pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2662204.pdf) <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2662204.pdf> (Último acceso 7 de diciembre de 2014)

³⁵¹ OCDE, *Manual of the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes*. Aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales el 23 de enero de 2006. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/exchangeofinformation/41814449.pdf>

³⁵² OCDE, *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, Paris, 2000. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/exchangeofinformation/2497487.pdf>

³⁵³ Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Japón, Corea, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia y Reino Unido

³⁵⁴ OCDE, *Tackling Offshore Tax Evasion. The G20/OECD continues to make progress*, México, 2012. En [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CTPA/CFA\(2012\)51&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CTPA/CFA(2012)51&docLanguage=En) (último acceso 8 de diciembre de 2014)

que en los últimos años se ha producido un fuerte aumento de este tipo de intercambios, lo que contradice la visión tradicional de este Organismo de que las dificultades prácticas en su aplicación hacían este intercambio inviable, considerando por tanto que el único que podía aplicarse de forma efectiva a nivel internacional era el intercambio previa solicitud³⁵⁵. En ese mismo año publicó otro informe³⁵⁶ en el que se recomienda aplicar el intercambio automático de información y establece ciertas recomendaciones para su aplicación.

En los últimos años se han venido desarrollando diversas iniciativas (revolucionarias según OWENS)³⁵⁷ de intercambio automático de información tributaria³⁵⁸ para afrontar de forma eficiente la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales, entre las que cabe destacar iniciativas de la Unión Europea como la Directiva 2003/48/CE y la Directiva 2011/16/CE señaladas en capítulos anteriores, y el Modelo de Acuerdo Intergubernamental celebrado entre EE.UU. y varios Estados miembros de la UE (G5) para aplicar la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras “Foreign Account Tax Compliance Act” (FATCA)³⁵⁹. Estas circunstancias podrían explicar el

³⁵⁵ MEINZER, M., “Towards multilateral automatic information exchange. Current practice of AIE in selected countries”, *Tax Justice Network*, 21 de agosto de 2012, pág. 10. Disponible en <http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/AIE2012-TJN-Briefing.pdf>

³⁵⁶ OCDE, *Automatic Exchange of Information. What is, How it Works, Benefits, What remains to be done*, 23 de julio de 2012. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/automaticexchangeofinformationreport.htm>

³⁵⁷ OWENS, J., “Moving towards better transparency and Exchange of information on tax matters”, *Bulletin for international taxation*, November, 2009, pág. 557.

³⁵⁸ En este sentido vid. MCINTYRE, M., “How to End the Charade of Information Exchange”, op.cit., págs. 258-260.

³⁵⁹ Vid. GIL SORIANO, A., “Toward an automatic but asymmetric exchange of tax information. The U.S. Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) as inflection point”,

hecho de que en 2012 la OCDE publicara dos informes en los que anima a aplicar el intercambio automático de información orientados a mejorar su efectividad³⁶⁰ y garantizar la confidencialidad de la información intercambiada³⁶¹.

Más recientemente la OCDE se unió claramente a esta tendencia mediante una propuesta, presentada por ANGEL GURRIA en la Cumbre del G20 celebrada en San Petersburgo, que replica la iniciativa FATCA proponiendo un sistema de intercambio automático de información que acabará con las trabas que ciertas jurisdicciones ponen al suministro de datos bancarios³⁶². La intención manifestada por la OCDE era tener fijados el desarrollo legislativo y las instrucciones para aplicar el nuevo sistema en junio de 2014, aunque no estaría operativo hasta 2015 como pronto, a la vista de que los países incluidos en la lista negra de 2009 han podido salir de la misma mediante la suscripción de 12 CDI o Acuerdos con intercambio. En octubre de 2014 la OCDE emitió un nuevo informe que recoge la situación de cada jurisdicción en lo referente al efectivo

en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (Coords.): *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 50 a 54.

³⁶⁰ OCDE, Automatic Exchange of Information. What is, How it Works, Benefits, What remains to be done, op.cit.

³⁶¹ OCDE, Garantizando la confidencialidad. Guía de la OCDE sobre la protección de la información objeto de intercambio con fines fiscales, OECD Publications, 2012. Disponible en:

<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/informe-garantizando-la-confidencialidad.pdf> (Último acceso 7 de diciembre de 2014)

³⁶² Vid. G20. *Declaración final de la cumbre de jefes de estado y de gobierno del g20*, San Petersburgo, Rusia, 5 y 6 de septiembre de 2013. Disponible en https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/Saint_Petersburg_Declaration_ENG_0.pdf

intercambio de información³⁶³.

El 9 de abril de 2013 Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido comunicaron por carta dirigida al Comisario Europeo de Fiscalidad, Aduanas, Lucha contra el Fraude y Auditoría y firmada conjuntamente por sus respectivos Ministros de Hacienda, un acuerdo para crear un programa piloto de intercambio de información basado en modelo FATCA de EEUU, con el fin de que un gran número de información financiera sea intercambiada entre estos cinco países de modo automático y estandarizado³⁶⁴. Varios países y territorios han mostrado su interés en adherirse a este programa piloto de intercambio de información, entre otros, Anguila, Bermuda, Islas Vírgenes Británicas, Montserrat, Turcos y Caicos, Gibraltar, y la Isla de Man. Algunos de estos territorios siguen siendo considerados como paraísos fiscales a efectos españoles pese a haber iniciado negociaciones para concluir Acuerdos de Intercambio de Información, por lo que su adhesión al programa supondría su exclusión de la lista española de paraísos fiscales. Desde entonces se han sumado al proyecto piloto del G-5 más de una decena de Estados miembros de la Unión Europea, además de Australia, México y Noruega.

Puesto que el alcance del intercambio automático de información contemplado en FATCA es más amplio que el previsto en la actual normativa comunitaria, podría invocarse la aplicación en serie de la “cláusula de nación más favorecida” prevista en el artículo 19 de la Directiva. No obstante, la propuesta de la Comisión, junto con las dos disposiciones sobre intercambio automático vigentes (Directiva relativa a la cooperación administrativa y la Directiva sobre la fiscalidad del ahorro)

³⁶³ Vid. OECD, The global forum on transparency and Exchange of information for tax purposes, *Tax Transparency 2014, Report on Progress*. Disponible en:

<http://www.oecd.org/tax/transparency/GFannualreport2013.pdf>

³⁶⁴ www.lamoncloa.gob.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MinisterioHacienda y AdministracionesPublicas/2013/100413-fiscal.htm

implica que los Estados miembros compartirán entre ellos la misma cantidad de información que se han comprometido a compartir con Estados Unidos en el marco de FATCA, evitando la aplicación de dicha cláusula³⁶⁵.

Junto a todo lo anterior el Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria, que ya incluye el intercambio automático tras la firma de un Acuerdo suplementario, ha sido abierto a todos los Estados y la OCDE está promoviendo la adhesión a la misma³⁶⁶, a lo que hay que añadir el hecho de que el Foro Global sobre transparencia e intercambio de información para fines tributarios ha creado un grupo sobre intercambio automático de información en el que se trata de *“establecer una serie de criterios para determinar cuando sería apropiado para las jurisdicciones implementar el IAI, tomando en cuenta en particular las limitaciones en capacidades, las limitaciones en recursos, y la necesidad de garantizar la confidencialidad y el uso correcto de la información que se intercambie y ayudando a los países en vías de desarrollo a identificar sus necesidades en términos de asistencia técnica y construcción de capacidades antes de empezar el IAI”*.

Por último, en este contexto se ubica también la tramitación en el seno de la UE de la “Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del

³⁶⁵ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Automatic Exchange of information: frequently asked questions*, Memo/13/533, de 12 de junio de 2013. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-533_en.htm (consultado el 10 de junio de 2014).

³⁶⁶ Suiza se adhirió el 15 de octubre de 2013, si bien a fecha 17 de noviembre de 2014 no ha entrado en vigor. El “Status of the convention on mutual administrative assistance in tax matters and amending protocol” a fecha 17 de noviembre de 2014 se encuentra disponible en http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad”³⁶⁷, respecto a la que el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo³⁶⁸ (CESE) se muestra de acuerdo en su pretensión de agilizar el intercambio automático previsto en la Directiva y en la ampliación en cinco categorías de *“la lista de categorías de renta sujetas al intercambio automático de información”*³⁶⁹ e invita a *“armonizar los diversos sistemas de intercambio de información que son propios de cada iniciativa y reorganizarlos en un único sistema”*³⁷⁰ al menos a nivel europeo.

III.2 EL MODELO FATCA DE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN

El acuerdo FATCA se integra en la batería de medidas articuladas a nivel internacional para luchar contra el fraude fiscal internacional en un contexto de globalización económica, donde las Administraciones tratan de ser tan globales como los contribuyentes, en línea con las últimas iniciativas de la Comisión Europea y de la propia OCDE que tratan de superar el modelo de intercambio de información a solicitud pasando a un modelo de intercambio automático o en masa, para luchar de forma

³⁶⁷ COM (2013) 348 final 2013/0188 (CNS). Disponible en español en:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_cooperation/mutual_assistance/direct_tax_directive/com_2013_348_es.pdf

³⁶⁸ COM (2013) 348 final - 2013/0188 (CNS)] (2014/C 67/12). Disponible en:

<http://legislacion.derecho.com/anuncio-67-01-06-marzo-2014-comite-economico-y-social-europeo-5533142>

³⁶⁹ Pto. 1.4 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad

³⁷⁰ Vid. supra pto. 1.8

efectiva contra el fraude fiscal internacional.

Los primeros antecedentes de la “Foreign Account Tax Compliance” (en adelante FATCA) los podemos encontrar en la Patriot Act de 2001, que introdujo medidas para evitar el blanqueo de capitales, y en dos programas de suministro de información de carácter voluntario, la Foreign Bank and Financial Accounts Report y en el Qualified Intermediary Program.

Como consecuencia de la enorme crisis financiera de EEUU iniciada en el 2008 por la burbuja inmobiliaria que desembocó en la crisis de las hipotecas subprime, fue promulgada la Ley de Incentivos a la Contratación para la Recuperación del Empleo o “Hiring Incentives to Restore Employment Act” (en adelante HIRE) el 18 de marzo del 2010, con el objetivo de proporcionar incentivos fiscales y económicos a las empresas de cualquier tamaño que se estuviesen viendo afectadas por la crisis económica para fomentar la contratación de personal e incentivar la inversión en activos fijos³⁷¹. Entre los incentivos fiscales a las pequeñas empresas por incentivar el empleo y la inversión en activos fijos, la ley HIRE incorporó la sección denominada Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras o “Foreign Account Tax Compliance Act” al Código de Impuestos de Estados Unidos de 1986 (U.S. Internal Revenue Code, IRC) bajo la rúbrica “Taxes to enforce reporting on certain foreign”, introduciendo una nueva retención sobre ciertos pagos de fuente norteamericana realizados a entidades financieras extranjeras (Foreign Financial Institution, en adelante FFI) y otras entidades extranjeras no financieras “Non Financial Foreign Entities”, en adelante NFFE). Dicha retención solo será procedente si ciertas obligaciones de información no son cumplidas. Además de en el Código Fiscal de Estados Unidos se regula en tres documentos publicados por el IRS (Internal Revenue

³⁷¹ Sobre el origen de FATCA, Vid. DURÁN HAEUSSLER, C., “Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA): una normativa “made in USA””, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, núm. 31, 2012.

Service) que interpretan y desarrollan su contenido³⁷². Adicionalmente, el 8 de febrero de 2012 publicó el proyecto de desarrollo reglamentario de la normativa³⁷³ (Proposed Regulations) y el 26 de julio de 2012 el primer Modelo de acuerdo intergubernamental para la implementación de FATCA³⁷⁴.

El objetivo de esta Ley es conseguir evitar la evasión que ciudadanos americanos que ocultan al IRS las rentas derivadas de la imposición de capitales en entidades financieras situadas fuera de EEUU³⁷⁵. La idea de partida es que la responsabilidad de la recogida y comunicación de la información se delega en actores privados (financial institutions) que se entienden mejor situados para cumplir este tipo de tareas. Así pues, a diferencia de los estándares de intercambio de información de la OCDE, FATCA prevé establecer una comunicación directa entre los intermediarios financieros y la autoridad fiscal americana. Se entiende que su eficacia pasa por su implantación a nivel mundial por lo que, como las relaciones de un ciudadano americano con entidades financieras se pueden producir en cualquier lugar del mundo, las autoridades americanas tratan de asegurarse la colaboración de aquellas estableciendo mecanismos de presión en forma de sanciones pecuniarias y comerciales. Todo ello a pesar

³⁷² Notice 2010-60, Notice 2011-34 y Notice 2011-53

³⁷³ Disponible en <http://www.irs.gov/pub/newsroom/reg-121647-10.pdf>

³⁷⁴ IRS, *Model intergovernmental agreement to improve tax compliance and to implement fatca*. Disponible en <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/documents/reciprocal.pdf>

Los distintos modelos IGA actualizados se encuentran disponibles en la web del Departamento del Tesoro Americano <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>

³⁷⁵ Cabe precisar que el sistema fiscal de los EE. UU. está basado en la ciudadanía, por lo que las obligaciones de información establecidas por FATCA afectan a los ciudadanos de los EE. UU. aunque no residan en el territorio de los EE. UU.

de que ha sido duramente criticada a nivel internacional por considerarse una ley fiscal extraterritorial.

Tan pronto se publicó FATCA, los sectores financieros de los países occidentales comenzaron a hacer llegar quejas a sus Gobiernos, señalando las enormes dificultades legales que conllevaría el cumplimiento de la obligación de suministro directo de información al Tesoro de los EEUU, fundamentalmente por las legislaciones nacionales y europea sobre protección de datos. Las quejas se hicieron extensivas a la muy pesada carga administrativa que iba a suponer la relación directa entre las instituciones financieras no estadounidenses y las autoridades fiscales de los EEUU. En consecuencia, los Gobiernos del Reino Unido, Francia, Alemania, Italia y España (el G5) iniciaron un acercamiento a los EEUU haciendo constar su total apoyo al objetivo de evitar la evasión fiscal, pero poniendo de manifiesto las dificultades, legales y prácticas, de implementar la operativa FATCA tal y como está diseñada en las leyes de los EEUU. El G5, con el apoyo de la Comisión Europea, celebró a continuación reuniones conjuntas con los EEUU con el objetivo de explorar posibles remedios a las dificultades planteadas por FATCA.

Como respuesta a estas fundadas críticas se encontró una vía de solución por la que EEUU ha optado por aplicar la FATCA mediante acuerdos bilaterales con otros países para superar los problemas jurídicos antes mencionados y reducir los costes que su implantación supone para las entidades financieras. Al trasponer la FATCA a los ordenamientos internos de cada país se consigue que las entidades financieras deberán cumplir con la normativa interna previamente adaptada a las exigencias de la FATCA, y procediendo posteriormente las Administraciones tributarias de los distintos países firmantes a proporcionar los datos al IRS en el contexto de los respectivos CDI o Acuerdos de Intercambio de Información³⁷⁶, superando de este modo el problema de la

³⁷⁶ Los Acuerdos con Suiza y Japón (países no socios FATCA) siguen un Modelo distinto adaptado a sus particularidades legales y de su sistema financiero. En general,

extraterritorialidad y evitando las retenciones en EEUU sobre los pagos realizados a las FFI establecidas en el país socio. En estos acuerdos, a solicitud del G5, se establece un marco de intercambio recíproco de información bancaria³⁷⁷.

De esta forma las entidades financieras extranjeras estarán obligadas a comunicar a las autoridades norteamericanas toda la información exigible para la identificación de las cuentas³⁷⁸ poseídas por ciudadanos y personas residentes de EE.UU., dado que de otra forma se verían sujetos a una retención en la fuente definitiva (pass through payments) del 30% sobre toda renta de fuente americana³⁷⁹. La vía establecida por la legislación interna norteamericana para instrumentar tal flujo de información es la del acuerdo entre el IRS y la entidad financiera extranjera. La definición de entidad financiera extranjera³⁸⁰ es muy amplia, circunstancia que impide identificarlas con las entidades bancarias tradicionales, y abarca a otras entidades no bancarias tales como fondos de inversión, fondos de pensiones, entidades aseguradoras, sociedades de inversión, etc. La FATCA también se aplica a las entidades extranjeras que no son una

el Modelo en estos dos países prevé que las entidades financieras suministren directamente gran parte de la información requerida al IRS y que las autoridades de estos países aporten información adicional a requerimiento de Estados Unidos.

³⁷⁷ Según comunicado de prensa del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de agosto de 2012, se encuentra en negociación la firma de Acuerdos Intergubernamentales (IGA) con más de 50 países. En <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1759.aspx>

³⁷⁸ Sólo se refiere a cuentas de personas físicas con un saldo superior a 50.000 \$ en la entidad financiera en la fecha de entrada en vigor de la Ley. A partir de esa fecha el importe mínimo se establece en 10.000 \$.

³⁷⁹ Section 1471 del Internal Revenue Code.

³⁸⁰ Sección 1471 (d) (5) del Internal Revenue Code.

entidad financiera³⁸¹ en los términos de la Sección 1471(d)(5), como ciertos tipos de sociedades de capital riego o fondos de cobertura (hedge funds)³⁸².

Los encargados de efectuar esta retención del 30% son los denominados “agentes retenedores”³⁸³, quienes deberán practicarla sobre todos los rendimientos que satisfagan a cualquier entidad financiera extranjera, ya sea en beneficio de sus clientes o de la propia entidad. La aplicación de esta retención no constituye un pago a cuenta de un impuesto y únicamente podrá ser objeto de devolución cuando se demuestre que el perceptor no es ciudadano de EEUU. Según GIL SORIANO la norma reviste un claro carácter sancionador, si bien recibe esta denominación para evitar los problemas legales por ausencia de jurisdicción que cualquier otra más cercana a su verdadera naturaleza sancionadora hubiera provocado, pues constituye un atentado flagrante contra el principio de territorialidad de las normas³⁸⁴.

El modo previsto de eludir esta retención para los ciudadanos o residentes americanos es que la entidad financiera extranjera firme con carácter previo un acuerdo FATCA con la IRS comprometiéndose a cumplir lo siguiente³⁸⁵:

- verificar qué cuentas pertenecen, de forma directa o indirecta, a

³⁸¹ Sección 1472 del Internal Revenue Code.

³⁸² En este sentido vid. GIL SORIANO, A., “Las amenazas de la Foreign Account Tax Compliance Act estadounidense”, *Tribuna Fiscal*, núm. 257, 2012, pág. 34.

³⁸³ “Withholding agent” en inglés. La Sección 1473 define el agente retenedor como todas aquellas personas, cualquiera que sea su capacidad de actuación, que lleven a cabo el control, recibo, custodia, disposición o pago de cualquier pago retenible.

³⁸⁴ GIL SORIANO, A., “Las amenazas de la Foreign Account Tax Compliance Act estadounidense”, op.cit, pág. 35

³⁸⁵ Sección 1471 (b) del Internal Revenue Code.

personas físicas residentes fiscales en EE.UU (Due Diligence).

- seguir los procesos de revisión y auditoría que a tal fin establezca el IRS, y proporcionarle la información adicional que éste requiera.

- informar anualmente al IRS sobre las cuentas que sean de titularidad, directa o indirecta, de residentes fiscales en EE.UU.

- obtener, si la legislación interna del país impide la entrega de información, una autorización expresa de los titulares para ceder los datos personales o, en caso de no obtenerla, cerrar la cuenta del titular que no dé su autorización.

- retener un 30% a las entidades financieras no firmantes de un acuerdo FATCA.

La información a remitir anualmente al IRS comprende³⁸⁶: nombre, dirección, número de la Seguridad Social o de identificación fiscal (TIN) del titular de la cuenta, número de cuenta, saldo o valor de la cuenta, así como los ingresos brutos, pagos realizados y disposiciones de efectivo.

Aunque la finalidad antifraude de la FATCA ha sido aplaudida por la comunidad internacional, su alcance y naturaleza ha sido criticada por gobiernos, organismos supranacionales y por numerosas asociaciones de entidades del mundo financiero porque supone de facto una exportación de las obligaciones fiscales de los Estados Unidos al resto del mundo, habiéndose denunciado desde el inicio su alcance extraterritorial³⁸⁷, así como el elevado coste que supone su puesta en práctica por parte de las entidades financieras, fundamentalmente las de menor tamaño³⁸⁸. Pero la

³⁸⁶ Sección 1471(c) del Internal Revenue Code.

³⁸⁷ MARTÍNEZ GINER, L. A. "El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK", op.cit.

³⁸⁸ En relación a los costes vid. "Commission welcomes US move to ensure enhanced international tax cooperation in a more business-friendly way",

mayor crítica recibida es de tipo jurídico, puesto que la obligación de proporcionar información sobre datos bancarios de sus clientes a un organismo extranjero choca con la legislación sobre protección de datos vigente en muchos países (y no sólo en aquellos en los que rige el secreto bancario³⁸⁹), y la obligación de cancelar las cuentas de aquellos clientes que no autoricen la entrega de información relativa a las mismas choca con el derecho contractual de otros muchos países³⁹⁰. También se critica su falta de reciprocidad en el intercambio³⁹¹. La aplicación de la ley FATCA extraterritorialmente plantea el problema de la jerarquía de un Convenio de doble imposición en relación con una ley nacional puesto que una retención establecida en una ley interna estaría por encima de la regulación del propio CDI³⁹².

La implantación del sistema FATCA estaba inicialmente prevista para el 1 de enero de 2013, si bien las dificultades técnicas en su aplicación y los problemas antes citados han motivado su retraso hasta el 1 de enero de 2014, estableciéndose además un cronograma³⁹³ de aplicación de los

MEMO/12/88, Bruselas, 8 de febrero de 2012.

³⁸⁹ Sobre las implicaciones de FATCA sobre el secreto bancario vid. ISUSI APRAIZ, I., “FATCA: Principales implicaciones”, en GARCÍA PRATS, F. A., *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, op.cit. págs. 321-333.

³⁹⁰ Sobre la reciprocidad vid. GIL SORIANO, A., “Las amenazas de la Foreign Account Tax Compliance Act estadounidense”, op.cit., pág. 34.

³⁹¹ Vid. SPENCER, D., “FATCA: progress towards automatic information Exchange”, *Tax Justice Network blog*, 2 de marzo de 2012. Disponible en <http://taxjustice.blogspot.ch/2012/03/fatca-progress-towards-automatic.html> (Último acceso 15 de noviembre de 2014)

³⁹² Para EEUU, el que la firma del Acuerdo entre la entidad financiera extranjera y el IRS para evitar la retención sea voluntaria, le lleva a considerar que FATCA no tiene efectos extraterritoriales.

³⁹³ Comunicación 2012-42

diferentes aspectos del mismo.

A día de hoy los Acuerdos Intergubernamentales FATCA (IGA en inglés) pueden realizarse bajo dos tipos de Modelo³⁹⁴:

-Modelo 1 de julio de 2012 (1 IGA). Las EFE entregan sus datos a su Administración tributaria y ésta al IRS en el marco de un CDI. Presenta dos versiones:

1.A IGA- Con reciprocidad. EEUU entregará información de cuentas de ciudadanos de los socios FATCA abiertas en este país.

1.B IGA- Sin reciprocidad. En este caso EEUU no entregará información de cuentas de ciudadanos de los socios FATCA abiertas en este país³⁹⁵.

-Modelo 2 de noviembre de 2012 (2 IGA). Las EFE entregan sus datos directamente al IRS previo acuerdo directo. También presenta dos variantes publicadas en mayo de 2013.

2.A IGA- Si existe un instrumento previo (Convenio de doble imposición o Acuerdo de Intercambio de Información) que habilite el intercambio de información.

2.B IGA- Si no existe un instrumento previo que habilite el intercambio de información.

El Modelo de acuerdo intergubernamental de 26 de julio de 2012 para la implementación de FATCA (en adelante Modelo FATCA) sirvió de base

³⁹⁴ Sobre los Modelos y Acuerdos suscritos vid. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>

³⁹⁵ Se pueden distinguir dos variantes:

-Modelo 1B, sin reciprocidad y suscrito con países con los que existe Convenio de doble imposición o Acuerdo de Intercambio de Información.

-Modelo 1B, sin reciprocidad , y suscrito con países con los que no existe Convenio de doble imposición o Acuerdo de Intercambio de Información

para el Acuerdo Bilateral que España, junto a Francia, Alemania, Italia y Reino Unido, se comprometió a firmar con EEUU en una Declaración Conjunta³⁹⁶ que ha sido la base para los acuerdos bilaterales firmados por los cinco países con Estados Unidos. España firmó el Acuerdo bilateral en mayo de 2013³⁹⁷ pasando a ser considerado un socio FATCA de los EE.UU, trasladándose el peso institucional para la obtención de la información a la autoridad tributaria española conforme a un modelo similar al 1 IGA publicado en 2012 que posteriormente fue objeto de algunas modificaciones realizadas por el IRS no recogidas en el Acuerdo bilateral³⁹⁸. Como se comentó anteriormente estos mismos cinco países han acordado entre crear un programa piloto de intercambio de información basado en modelo FATCA de EEUU, como instrumento piloto de intercambio multilateral, automático y estandarizado de información financiera³⁹⁹.

³⁹⁶ Declaración Conjunta relativa a un planteamiento intergubernamental para mejorar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y aplicar la Foreign Account Tax Compliance Act-FATCA

³⁹⁷ Vid. "Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras", hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 6 de septiembre de 2013, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CORT/BOCG/A/BOCG-10-CG-A-202.PDF. (Último acceso 15 de junio de 2014)

³⁹⁸ Modelo 1 A IGA actualizado el 4 de noviembre de 2013 disponible en <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Reciprocal-Model-1A-Agreement-Preexisting-TIEA-or-DTC-11-4-13.pdf> (Consultado el 12 de enero de 2014).

³⁹⁹ www.lamoncloa.gob.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MinisterioHaciendayAdministracionesPublicas/2013/100413-fiscal.htm

III.2.1 EL ACUERDO FATCA ESPAÑA

El 14 de mayo de 2013 se firmó el Acuerdo para la mejora de los niveles de cumplimiento de las obligaciones fiscales en el plano internacional por parte de los contribuyentes residentes de ambos países entre España y Estados Unidos que entró en vigor el 9 de diciembre de 2013⁴⁰⁰. Como se indicó en el apartado anterior, el origen de este acuerdo se encuentra en la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) que la ley HIRE incorporó el 18 de marzo de 2010, en la sección denominada Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras, al Código de Impuestos de Estados Unidos de 1986 (U.S. Internal Revenue Code, IRC)⁴⁰¹.

Esta Ley establece un régimen de comunicación de información para las instituciones financieras respecto de ciertas cuentas cuya titularidad corresponde a personas físicas y entidades que sean, respectivamente, ciudadanos o residentes estadounidenses, de modo que las autoridades financieras extranjeras quedan obligadas a comunicar a las autoridades norteamericanas toda la información exigible para la identificación de las cuentas poseídas por ciudadanos y personas residentes de EE.UU., dado que de otra forma se verían sujetos a una retención en la fuente definitiva del 30% sobre toda la renta de fuente americana⁴⁰². Este intercambio de información se desarrolla en el marco de acuerdos entre el IRS y la entidad financiera extranjera.

⁴⁰⁰ BOE 01/07/2014. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-6854>

⁴⁰¹ Para un análisis más detallado de tales antecedentes normativos vid. GIL SORIANO, A., "Toward an automatic but asymmetric exchange of tax information. The U.S. Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) as inflection point", en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (Coords.): *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, op. cit., págs. 55-59.

⁴⁰² Section 1471 Internal Revenue Code (IRC).

En aras de facilitar los intercambios y reducir costes de gestión, así como para evitar posibles problemas legales (y lograr así el cumplimiento de tal normativa interna extraterritorial por parte de las entidades financieras extranjeras) los EE.UU. han articulado un mecanismo alternativo en forma de Acuerdos Intergubernamentales para implementar FATCA. A tal efecto EE.UU. elaboró varios modelos de acuerdo intergubernamental (IGA, en adelante), para adaptarse a las distintas circunstancias que se dan en las negociaciones con cada país.

España, junto a Francia, Alemania, Italia y Reino Unido ya habían manifestado su intención de firmar un IGA FATCA con EE.UU. y habían establecido una posición conjunta a través de su declaración de 2 de julio de 2012 en la que establecen un modelo de acuerdo intergubernamental, que sirve de base al Acuerdo FATCA EE.UU.-España de 14 de mayo de 2013⁴⁰³. El IGA FATCA EE.UU.-España se apoya también sobre la cláusula de intercambio de información tributaria previsto en el artículo 27 del actual CDI España-EE.UU. de 22 de febrero de 1990 que permite la modalidad de intercambio automático mediante el correspondiente acuerdo entre las mismas, asegurando la protección de la confidencialidad de la información intercambiada.

El Acuerdo intergubernamental suscrito por España es el conocido como Modelo 1A IGA⁴⁰⁴, con la peculiaridad de que las entidades financieras españolas cumplirán con sus obligaciones de información ante la Agencia Tributaria española sin necesidad de acuerdo con el IRS americano, quedando, no obstante, exoneradas de la retención del 30%⁴⁰⁵ prevista en la sección 1471 del Código Tributario estadounidense sin necesidad de

⁴⁰³ Vid. “Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras”, op.cit.

⁴⁰⁴ Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC.

⁴⁰⁵ Art. 4 del Acuerdo FATCA España-Estados Unidos.

firmar un acuerdo bilateral con la Administración norteamericana⁴⁰⁶, siempre que se den las siguientes condiciones:

- Que España cumpla con las obligaciones de suministro de información a los EE.UU. respecto de dicha institución financiera española.
- Que la institución financiera española obligada a comunicar información cumpla con una serie de obligaciones, principalmente:
 - a) Que identifique las cuentas estadounidenses sujetas a comunicación de información y comunique anualmente a la autoridad competente española, en tiempo y forma, la información exigida.
 - b) Respecto de los años 2015 y 2016, que comunique anualmente a la autoridad competente española el nombre de toda institución financiera no participante (de acuerdo con la definición de la misma contenida en la normativa estadounidense) a la que haya efectuado pagos en esos años y el importe total de los mismos.

Una ventaja añadida es que Estados Unidos tampoco exigirá a las instituciones financieras españolas la retención ni el cierre de las cuentas que posean “titulares recalcitrantes”⁴⁰⁷, siempre que EE. UU reciba información de las mismas, y que tampoco deberán aplicar la retención sobre los “passthru” establecida por las normas americanas.

La información relativa a cuentas financieras extranjeras gestionadas por las instituciones financieras establecidas en los dos países que posean

⁴⁰⁶ FUSTER GÓMEZ, M. y LEDERMAN, A. S., “Las nuevas medidas fiscales internacionales adoptadas en España en relación con la evasión fiscal y la reducción del déficit público”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 4, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014, pág. 9.

⁴⁰⁷ Según la definición del término recogida en la sección 1471 (d) (6) del IRC.

o controlen nacionales o residentes en los dos Estados⁴⁰⁸, se intercambiará de forma anual entre las autoridades competentes (AEAT e IRS) de los Estados contratantes previo suministro de la misma por las instituciones financieras estadounidenses y españolas, aunque en todo caso la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones de información contenidas en el Acuerdo recae sobre las instituciones financieras. Para asegurar la correcta aplicación del Acuerdo se establece la obligatoriedad de cada una de las autoridades competentes de ambos Estados de comunicar a la contraparte la existencia de cualquier incumplimiento, siempre que sea relevante, por parte de sus respectivas instituciones financieras. Caso de darse tal incumplimiento la autoridad del Estado de la institución financiera incumplidora deberá aplicar las medidas recogidas en su ordenamiento interno, pudiendo incluso aplicar las sanciones previstas en el mismo.

El Acuerdo gira en torno al concepto de cuentas financieras sujetas a comunicación (“U.S. Reportable Accounts” y “Spanish Reportable Accounts”) que determina cuales son las entidades financieras obligadas a comunicar información, que se definen como cuenta financieras abiertas en una institución financiera española (“U.S. Reportable Accounts”) o estadounidense (“Spanish Reportable Accounts”) sobre las que existe obligación de comunicar información si concurren determinadas condiciones.

Respecto a las cuentas financieras afectadas por el Acuerdo, España se compromete remitir información a EE.UU. acerca de las cuentas financieras abiertas en una institución financiera española cuyo titular o titulares sean uno o más contribuyentes estadounidenses o una entidad no estadounidense cuyo control sea ejercido por un contribuyente estadounidense (U.S. Reportable Accounts). Quedan fuera de esta

⁴⁰⁸ Personas físicas y entidades, incluidos los instrumentos jurídicos como los fideicomisos.

obligación de información las “Cuentas de depósito” nuevas de personas físicas estadounidenses cuyo saldo o valor no excede de 50.000 dólares estadounidenses, así como los “Contratos de seguro” cuyo valor en efectivo no supere los 50.000 dólares estadounidenses.

En el IGA España-EE.UU. no se consideran cuentas financieras, y no quedan sujetas a la obligación de información establecida en el Acuerdo para las “U.S. Reportable Accounts”, ciertas cuentas y productos financieros establecidos en España y abiertos en una Institución financiera española. Entre ellas, ciertas cuentas y productos de jubilación y los planes individuales de ahorro sistemático.

El ámbito de las “U.S. Reportable Accounts” abarca ciertas cuentas cuya titularidad corresponda a una sociedad no estadounidense, como ocurre con las sociedades residentes en paraísos fiscales, y las sociedades españolas controladas por contribuyentes estadounidenses⁴⁰⁹. Para poder identificar estas cuentas e identificarlas como “U.S. Reportable Accounts” las instituciones financieras españolas afectadas por el Acuerdo están obligadas a efectuar una “due diligence” sobre éstas con el fin de detectar la existencia de indicios de vinculación con EE.UU. En caso de que de la “due diligence” se desprenda la existencia de control de estas sociedades

⁴⁰⁹ No se da reciprocidad en este aspecto en el caso de la información a remitir por EE.UU. sobre las “Spanish Reportable Accounts” ya que las instituciones financieras americanas no están obligadas por la normativa estadounidense a proporcionarla al IRS. Tampoco se comunica información a España en el caso de una sociedad o persona física residente en España que tenga una cuenta de valores estadounidense. En este caso los ingresos derivados de la enajenación o las ganancias realizadas en la cuenta no serán comunicadas a España ya que los ingresos por ventas de acciones o bonos obtenidos por extranjeros, (personas físicas no estadounidenses o entidades jurídicas), están exentas de la obligación de información por parte de las instituciones financieras estadounidenses. En este sentido vid. BOUMA, H.B., “11 Reasons Why FATCA Must Be Repealed”, *Tax Management International Journal*, 41 TMIJ 651, Bloomberg BNA, 14 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://americansabroad.org/files/3113/5691/0777/elevenreasons.pdf>.

por parte de ciudadanos estadounidenses, las instituciones financieras deberán proceder a informar sobre la identidad, domicilio y NIF estadounidense de los mismos

La dificultad estriba en determinar qué se entiende por “control” de una entidad no estadounidense por una persona estadounidense⁴¹⁰. Conforme al apartado ff) del Acuerdo, que remite al IRC estadounidense, podría considerarse la existencia de “control” cuando la participación de una persona estadounidense supere el 10% del capital social de una sociedad no estadounidense, pero si consideramos que la propia normativa FATCA señala a la hora de interpretar el término “controlling entity” señala que este término deberá ser interpretado de forma coherente con las consideraciones del GAFI (FATF) cabe concluir que lo correcto sería interpretarlo conforme a lo que se entiende por titular real conforme a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁴¹¹, lo que elevaría el umbral de participación a superar (directa o indirecta) al

⁴¹⁰ La definición del artículo 1 del Acuerdo se limita a señalar que el término “Controlling Persons” significa las personas naturales que ejercen control sobre una entidad.

⁴¹¹ BOE 29 de abril de 2010. Conforme al artículo 4.2 de la Ley 10/2010, se entiende por titular real: “...a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones.

b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica. Se exceptúan las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes.

c) La persona o personas físicas que sean titulares o ejerzan el control del 25 por ciento o más de los bienes de un instrumento o persona jurídicos que administre o distribuya fondos, o, cuando los beneficiarios estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa principalmente la persona o instrumento jurídicos.”

25% del capital o los derechos de voto de una sociedad.

Además el propio artículo 1 del IGA 1ª en su apartado 2 señala que, salvo acuerdo de las autoridades competentes de los Estados firmantes, los términos no definidos en IGA 1A tendrán el significado que se les atribuya de acuerdo con las leyes propias de cada uno de los Estados firmantes y, dentro de las leyes nacionales aplicables en cada Estado, el significado atribuido por sus leyes tributarias prevalecerá sobre cualquier otro significado legal alternativo⁴¹². De ello se deduce que España no deberá acudir a las normas de EE.UU. (Regulations) para interpretar los términos del Acuerdo, sino a sus propias leyes, y entre ellas prevalecerán las leyes tributarias.

El Acuerdo FATCA España-EE.UU., respecto a las “Spanish Reportable Account”, esto es, cuentas financieras abiertas en una Institución financiera estadounidense (bien sean “Cuentas de depósito” o “Cuentas financieras distintas de una Cuenta de depósito”), no contempla para la IRS estadounidense las mismas obligaciones de información que para las “U.S. Reportable Account”. Si se trata de una “Cuenta de depósito”, incluidos los depósitos a plazo, existe obligación de comunicar si el titular de la cuenta es una persona física residente en España y se retribuye con más de 10 dólares anuales, pero en cambio, según el Acuerdo FATCA español, si el titular de una “Cuenta de depósito” es una entidad, no sería una “Spanish Reportable Account”, tanto si la entidad es residente en España como si no, y tanto si la cuenta genera o no intereses, por lo que no existiría obligación de comunicar.

El término “institución financiera” comprende cualquier institución que

⁴¹² “...any term not otherwise defined in this Agreement shall, unless the context otherwise requires or the Competent Authorities agree to a common meaning (as permitted by domestic law), have the meaning that it has at that time under the law of the Party applying the Agreement, any meaning under the applicable tax laws of that Party prevailing over a meaning given to the term under other laws of that Party”

desarrolle como parte importante de su actividad económica la custodia de activos financieros por cuenta de terceros, las instituciones de depósito, las entidades de inversión⁴¹³, y las entidades de seguros específicas. En el caso del Acuerdo FATCA con España comprende a cualquier institución financiera residente en España y a las sucursales en España de una institución financiera extranjera, pero excluye a las sucursales de una institución financiera española en el exterior, si bien pueden ser incluidos en el acuerdo FATCA del país en el que radique la sucursal.

No todas las instituciones financieras españolas están obligadas a comunicar información conforme al Acuerdo, pues éste contiene en el Anexo II i) una relación de las instituciones financieras que se consideran “beneficiarios efectivos exentos” (Exempt Beneficial Owners)⁴¹⁴. Asimismo el apartado ii) del Anexo II recoge las denominadas instituciones financieras cumplidoras implícitas (deemed compliant) quedan eximidas de esta obligación (Non-Reporting Financial Institutions), tal es el caso de algunas pequeñas instituciones financieras con clientela local y de algunos instrumentos de inversión colectiva.

La consideración de institución financiera española cumplidora puede verse afectado si tal institución posee entidades vinculadas o sucursales en una jurisdicción que impida a las mismas cumplir los requisitos para ser una institución financiera extranjera participante o cumplidora desde la perspectiva de la sección 1471 IRC por circunstancias tales como la existencia de secreto bancario. Sin embargo, seguirá recibiendo el tratamiento de beneficiaria efectiva exenta de retención siempre que cumpla con determinados requisitos, tales como la consideración de la

⁴¹³ Ya sean colectivas, individuales, de administración o gestión de fondos o dinero en nombre de terceros, operaciones con instrumentos del mercado monetario, cambiario, valores negociables, etc.

⁴¹⁴ Banco de España, Instituto de Crédito Oficial, el Consorcio de Compensación de Seguros, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y ciertos fondos de pensiones.

sucursal o entidad dependiente por parte de la institución financiera española como “institución financiera no participante independiente”, que ésta identifique sus cuentas estadounidenses y comunique la información en la medida permitida por la legislación local aplicable a la sucursal y que no se utilice la sucursal o entidad dependiente de forma instrumental con el fin de evadir la aplicación del Acuerdo en España.

Tanto las entidades financieras españolas como las estadounidenses se comprometen a comunicar la siguiente información de cada cuenta sujeta a los términos del Acuerdo:

- El nombre, domicilio y NIF de toda persona residente en los respectivos países que sea titular de dicha cuenta
- El nombre y número identificador de la institución financiera.
- El número de cuenta.

Además de lo anterior las instituciones financieras españolas están obligadas a comunicar la siguiente información adicional:

- El saldo o valor de la cuenta al final del año civil considerado o de otro periodo de referencia pertinente, o el saldo en el momento inmediatamente anterior a su cancelación.
- En el caso de cuentas de custodia: el importe bruto total en concepto de intereses, dividendos y otras rentas, generados, pagados o debidos en la cuenta durante el año civil u otro periodo de referencia pertinente, así como el importe bruto total en concepto de ingresos derivados de la enajenación o reembolso de bienes, pagados o debidos en la cuenta durante el año civil u otro período de referencia pertinente.
- En el caso de cuentas de depósito: el importe bruto total de intereses pagados o debidos en la cuenta durante el año civil u otro período de referencia pertinente.
- En el caso de otras cuentas: el importe bruto total pagado o

debido al titular de la cuenta en relación con la misma durante el año civil u otro período de referencia pertinente.

Respecto a las “Spanish Reportable Account”, las instituciones financieras americanas deberán comunicar información adicional acerca del importe bruto de los intereses pagados a una cuenta de depósito y de los dividendos o cualesquiera otras rentas de fuente estadounidense pagados o debidos en cuenta y sujetas a información conforme al IRC.

La gran asimetría que recoge el Acuerdo FATCA España-EE.UU. en lo que se refiere al intercambio de información espontánea entre ambos Estados a favor de este último es común a otros Acuerdos FATCA, lo que permite afirmar que “no aborda directamente ciertas conductas de evasión fiscal abordados por FATCA”⁴¹⁵. El artículo 6 del Acuerdo reconoce explícitamente esta circunstancia y se comprometen a subsanarla señalando que *“los Estados Unidos reconocen la necesidad de lograr un nivel equivalente en la reciprocidad del intercambio automático de información con España. Los Estados Unidos se comprometen a seguir mejorando la transparencia y a fomentar las relaciones de intercambio con España mediante la adopción de normas, y promoviendo y apoyando la legislación pertinente para lograr dicha equivalencia en la reciprocidad del intercambio automático de información”*, si bien a fecha de hoy no existe proyecto normativo alguno tendente a permitir la comunicación de información a España respecto de las entidades de titularidad española radicadas en paraísos fiscales.

No obstante el Acuerdo España- EE.UU. también contiene una cláusula de nación más favorecida a favor de nuestro país, que garantiza que si EE.UU. firma con otro Estado un Acuerdo FATCA en términos más favorables a los contenidos en el art. 4 o en el Anexo I del Acuerdo con

⁴¹⁵ FUSTER GÓMEZ, M. y LEDERMAN, A. S., “Las nuevas medidas fiscales internacionales adoptadas en España en relación con la evasión fiscal y la reducción del déficit público”, op.cit., pág. 10.

España, estas serán automáticamente aplicadas a nuestro país⁴¹⁶.

Respecto a la aplicación del Acuerdo, la información a intercambiar afecta al año 2013 y siguientes, si bien su implementación se realizará de forma progresiva. Así, respecto a los años 2013 y 2014, la única información que, en principio, debe ser obtenida y facilitada al IRS americano será la referida a la información común a facilitar por ambas partes. Por tanto, la información señalada en el caso particular de España sólo sería proporcionada por la Administración tributaria española al IRS a partir de 2015⁴¹⁷, con la exclusión de la información relativa al importe bruto obtenido en la venta o amortización de activos, pagado o acreditado, en las cuenta de valores, que se empezará a proporcionar de 2016 en adelante.

La información referida a cada año natural deberá ser entregada a la contraparte en el plazo de nueve meses desde la finalización del periodo a que se refiera, con la excepción de la correspondiente al año 2013 para la que se estableció como plazo límite el 30 de septiembre de 2015. El procedimiento a seguir será acordado entre España y Estados Unidos mediante la correspondiente negociación amistosa y el desarrollo de los respectivos procedimientos internos que exigirá (en el caso de España) desarrollar la correspondiente normativa, todo ello garantizando que la información intercambiada esté protegida por las normas sobre confidencialidad y de límites a su utilización previstas en el CDI vigente entre España y EE.UU.

A tal efecto, el artículo 13 de la Orden HAP/1136/2014⁴¹⁸, de 30 de junio, aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de

⁴¹⁶ Art. 7 Acuerdo FATCA España-EE.UU.

⁴¹⁷ Su implementación fue modificada en julio de 2013 por el Tesoro y el IRS estadounidense, fecha posterior a la firma del Acuerdo FATCA español.

⁴¹⁸ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-6922

determinadas personas estadounidenses, modelo 290 “Declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses” estableciendo la periodicidad anual (entre el 1 de enero y el 31 de marzo) para su presentación mediante mensaje informático.

En el artículo 14 de la misma Orden se establecen las condiciones y el procedimiento de presentación de dicho modelo, que se ajustará a lo establecido en los artículos 16 y 17 de la Orden HAP/2194/2013⁴¹⁹, de 22 de noviembre, por la que se regulan los procedimientos y las condiciones generales para la presentación de determinadas autoliquidaciones y declaraciones informativas de naturaleza tributaria⁴²⁰.

Las instituciones financieras obligadas presentarán la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses con arreglo a las condiciones y al procedimiento establecidos en los artículos 16 y 17 de la Orden HAP/2194/2013, de 22 de noviembre, por la que se regulan los procedimientos y las condiciones generales para la presentación de determinadas autoliquidaciones y declaraciones informativas de naturaleza tributaria. No obstante, debido a las características inherentes a la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2.c) del artículo 16 ni lo establecido en los apartados 1.c), f) y g) del artículo 17 de la Orden HAP/2194/2013, de 22 de noviembre.

III.2.2 EL ACUERDO FATCA SUIZA

El Acuerdo FATCA firmado el 14 de febrero de 2013 entre Suiza y Estados Unidos⁴²¹ (en adelante FATCA-Suiza) es el denominado Modelo

⁴¹⁹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-12385

⁴²⁰ No será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2.c) del artículo 16 ni lo establecido en los apartados 1.c), f) y g) del artículo 17 de la Orden HAP/2194/2013.

⁴²¹ Accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA. Disponible (versión en francés) en: http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2330/FATCA-mise-en-oeuvre_Accord_fr.pdf

2⁴²², diferente al Modelo 1 utilizado previamente por otros Estados, que prevé un mecanismo de obtención de consentimiento irrevocable por parte del cliente en lugar de un intercambio automático de información⁴²³. Esta modificación se introdujo con la finalidad de soslayar la prohibición expresa que establece la normativa suiza sobre secreto bancario respecto a la entrega de datos de sus clientes por parte de las entidades financieras⁴²⁴. En caso de que un cliente no prestara el consentimiento a proporcionar sus datos bancarios⁴²⁵, la información sobre la cuenta será proporcionada a la IRS de forma agregada junto a los datos de otras cuentas de titulares “no cooperativos”. Se evita así la limitación establecida por el derecho interno suizo de modo que permita al IRS presentar una demanda agrupada para obtener una información más detallada. Con la firma de este Acuerdo la banca suiza se compromete a no proceder a la apertura de ninguna cuenta a residentes fiscales americanos⁴²⁶ que no hayan dado el consentimiento previo e irrevocable a la transmisión de sus datos al IRS. La contraparte a esta negativa suiza a aplicar un intercambio automático de información ha sido la oposición americana a incluir en el Acuerdo una cláusula de reciprocidad.

Las entidades financieras suizas a las que resulta aplicable el Acuerdo

⁴²² Respecto a los tipos de IGA vid. apartado III.3

⁴²³ Vid. Message relatif à l’approbation de l’accord entre la Suisse et les Etats-Unis d’Amérique sur leur coopération visant à faciliter la mise en œuvre du FATCA ainsi qu’au projet de loi fédérale sur la mise en œuvre de cet accord de 10 de abril de 2013. Disponible enlace de descarga en <http://www.sif.admin.ch/themen/00502/00807/index.html?lang=fr>. Resumen, pág.2

⁴²⁴ Esta excepción al intercambio automático de información no constituye un precedente y no podrá ser invocada por otros Estados. Vid. supra. pág.2

⁴²⁵ Pasaría a tener la condición de “titulaire de compte non-coopératif”.

⁴²⁶ “US Person” en singular en la terminología inglesa del Acuerdo FATCA, y “personne americaine” en francés.

FATCA deberán firmar un contrato específico con el IRS (contrato FFI), que contiene las obligaciones de diligencia que contraen, las comunicaciones y la retención en la fuente a aplicar, y registrarse en el IRS antes del día 1 de enero de 2014⁴²⁷. El FATCA Suiza autoriza expresamente la firma de contratos FFI a las entidades financieras suizas por lo que no quedan sujetas a las disposiciones penales del artículo 271 CP⁴²⁸ por actos ejecutados sin derecho por un Estado extranjero⁴²⁹.

Entre las obligaciones que se contemplan en el contrato con el IRS se encuentra la identificación de las cuentas individuales preexistentes de “U.S. Persons”, la comunicación de sus datos personales (nombre, dirección y número de identificación fiscal americano⁴³⁰). A tal efecto, las entidades financieras, en cumplimiento del deber de diligencia, deberán asegurarse de conocer el beneficiario económico final de las cuentas que

⁴²⁷ Art. 3.1.a) de FATCA Suiza.

⁴²⁸ Art. 4 de FATCA Suiza.

⁴²⁹ En Suiza ha sido muy criticado el Acuerdo por entender que EEUU toma en su territorio medidas que pretende imponer en el extranjero. Este es el caso de los QI que tienen como finalidad atraer a la economía de EE.UU. inversión pasiva libre de impuestos con garantía de anonimato total para los clientes de los intermediarios. El QI es un contrato que firma el IRS con intermediarios financieros extranjeros con el propósito de incentivar la inversión de fondos de sus clientes en la economía norteamericana, libre de impuestos y garantizándoles un anonimato total. Es importante destacar que la Section 6049 “Returns Regarding Payments of Interest” del Internal Revenue Code de 1986 publicada por el IRS el 19 de abril en el Registro Federal, sobre información a remitir sobre pagos realizados a clientes no residentes en EE.UU se aplica únicamente a depósitos bancarios en ciertas instituciones financieras y compañías de seguros que pagan intereses a personas físicas. Se excluye de la obligación de remitir información las cuentas bancarias extranjeras de personas jurídicas, a clientes que estén bajo el “QI”, así como otros ingresos exentos como intereses, bonos y ganancias de capital. Disponible en: <http://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb12-20.pdf>

⁴³⁰ Taxpayer identification Number (TIN).

proceda a abrir⁴³¹. En el caso de cuentas preexistentes de “U.S. Persons” son de aplicación algunas particularidades en las obligaciones de diligencia en función del saldo de las mismas⁴³². Así en el caso de cuentas con saldo inferior a 50.000 \$ no existe obligación de información; en cuentas con saldo entre 50.000 y 100.000 \$ la información puede ser verificada exclusivamente por vía electrónica; a partir de 100.000 \$, además de por vía electrónica deberá procederse a una verificación documental si se considera necesario.

Las entidades financieras se comprometen a informar anualmente al IRS del saldo de cada cuenta y de los ingresos del periodo en cuestión en el caso de clientes cooperativos. En el caso de titulares de cuentas no cooperativos los establecimientos financieros suizos informantes deberán, transcurrido el plazo de ocho meses sin intercambio de información, practicar una retención en la fuente del 30% e ingresarla en el IRS.

El Acuerdo FATCA con Suiza recoge una serie de entidades financieras, denominadas “entidades financieras no informantes”⁴³³, que presentan un reducido riesgo de participar en operaciones de evadir impuestos al fisco americano y que por tanto se les aplica un régimen especial que simplifica sus obligaciones⁴³⁴. En el mismo anexo se regulan los denominado “productos exentos”, que son aquellos productos financieros suizos que no tienen la consideración de cuentas americanas y por tanto no están sujetas

⁴³¹ Se trata del denominado “beneficial owner”. A título de ejemplo, deberán conocer el beneficiario económico en el caso de sociedades pantalla (foreign shell entities)

⁴³² Anexo I del Acuerdo FATCA Suiza

⁴³³ “Établissements financiers non rapporteurs” en la versión del Acuerdo en francés. Vid. art. 2.1. FATCA

⁴³⁴ Anexo II al Tratado FATCA Suiza.

a las obligaciones de comunicación del FATCA Suiza⁴³⁵, así como los “beneficiarios efectivos exentos”⁴³⁶ y los “establecimientos financieros certificados conformes”⁴³⁷ que, en general, no tienen obligación de registro.

El Acuerdo FATCA Suiza contiene disposiciones directamente aplicables, en particular los anexos I y II, pero algunas otras deben precisarse por lo que hubo que elaborar un proyecto de Ley federal para garantizar la aplicación del Acuerdo⁴³⁸ junto a un Protocolo de Acuerdo que no añadió nuevas obligaciones ni derechos ni tiene fuerza jurídica, pero que sirve para concretar aspectos técnicos y administrativos. El Acuerdo FATCA Suiza y la Ley FATCA fueron aprobados el 9 de septiembre de 2013 por el Consejo Nacional Suizo, si bien retornó al Consejo de Estado por una pequeña divergencia respecto a su entrada en vigor⁴³⁹, siendo finalmente aprobados por el Parlamento suizo el 27 de septiembre 2013⁴⁴⁰ y entrando en vigor el 30 de junio de 2014. El rechazo causado llevó a promover una iniciativa de convocatoria de referéndum

⁴³⁵ Apdo. III.A. del Anexo II al Tratado FATCA Suiza.

⁴³⁶ Instituciones estatales suizas, Banco Nacional Suizo, Organizaciones Internacionales e Instituciones de Previsión). Vid. apdo. I.A. del Anexo II al Tratado FATCA Suiza.

⁴³⁷ Establecimientos financieros con clientela local y Consejeros suizos en inversiones. Vid. apdo. I.A. del Anexo II al Tratado FATCA Suiza.

⁴³⁸ Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/2839.pdf> (último acceso 1 de noviembre de 2014)

⁴³⁹ Disponible en: <http://www.genevefinance.com/management/0909-8614-la-suisse-adopte-l-accord-fatca-american>

⁴⁴⁰ Loi fédérale sur la mise en œuvre de l'accord FATCA entre la Suisse et les Etats-Unis (Loi FATCA) du 27 septembre 2013. RO 2014 1575. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2014/1575.pdf>

facultativo⁴⁴¹ sobre el Acuerdo, pero que finalmente no fue convocado al no poder reunirse las 50.000 firmas necesarias para su convocatoria⁴⁴², por lo que, a falta de referéndum entró en vigor en la fecha antes señalada. Un aspecto destacable de la Ley FATCA es que introduce sanciones penales en caso de violación del Acuerdo FATCA o de la propia Ley⁴⁴³

Respecto a su entrada en vigor, el Departamento del Tesoro americano anunció el 12 de julio de 2013 un retraso de seis meses en la entrada en vigor de la ley americana FATCA para los establecimientos financieros extranjeros. Dado que el acuerdo firmado por Suiza fue firmado con anterioridad (el 14 de febrero de 2013) éste contemplaba los plazos iniciales de entrada en vigor, prevista inicialmente para el 1 de enero de 2014. Por este motivo el Acuerdo tuvo que ser modificado por el Consejo Federal Suizo con la finalidad de que los establecimientos financieros de este país pudieran beneficiarse de este retraso de su entrada en vigor en línea con lo aplicado por otros países. Esta modificación se realizó mediante intercambio de notas, entrando en vigor la modificación al mismo tiempo que el Acuerdo FATCA. Tanto el Acuerdo como la Ley se sometieron a referéndum.

Desde el punto de vista suizo FATCA ha sido objeto de numerosas críticas, pues es vista como una disposición unilateral⁴⁴⁴ con la que las mínimas facilidades operativas que podría obtener la banca suiza se ven amplia y negativamente compensadas por los graves inconvenientes que

⁴⁴¹ En virtud del art. 141.1 d. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse (Cst).

⁴⁴² Finalmente se reunieron 31.000 firmas. Ver noticia en RTS.ch de 14.1.2014. Disponible en <http://www.rts.ch/info/suisse/5528876-le-referendum-contre-l-accord-fatca-avec-les-etats-unis-a-echoue.html>

⁴⁴³ Art. 19 a 22 Ley FATCA.

⁴⁴⁴ Cfr. "FATCA, cette loi américaine monstrueuse, affecte aussi l'industrie", diario "*Neue Zürcher Zeitung*" de 27 de septiembre de 2013.

supone para Suiza como Estado soberano. El hecho de que FATCA repose sobre acuerdos entre las autoridades fiscales americanas y miles de intermediarios financieros no americanos sin que los Estados formen parte de este entramado es objeto de crítica por entender que atenta contra los principios internacionales y supone la imposición de la voluntad de EE.UU. apoyándose en su poder político y económico. Los bancos suizos se ven pues obligados a aceptar esta situación firmando los correspondientes contratos con las autoridades fiscales americanas, ya que si bien en principio podrían soslayarla no aceptando clientes americanos o no invirtiendo en valores americanos, conforme al anexo II del Tratado, las instituciones financieras con clientela local están obligadas a aceptar como clientes a los ciudadanos americanos con residencia en Suiza (Expats). Además hay que considerar que la renuncia por parte de los pequeños bancos suizos a operar con valores americanos supondría para estos una importante restricción en sus posibilidades de inversión.

Para la Confederación se planteó la cuestión de aplicar FATCA con o sin Tratado. La firma de éste se justifica por parte del Consejo Federal por la simplificación y aligeramiento de las cargas administrativas que supone para las instituciones financieras suizas. Pero para amplios sectores financieros suizos estas facilidades serían también posibles sin la firma del Tratado y evitarían lo inconvenientes que para Suiza suponen la firma del mismo. Entre estos inconvenientes se ve con especial preocupación el de la supresión del secreto bancario⁴⁴⁵. La supresión del mismo se produciría

⁴⁴⁵ SPENCER, D., "The U.S. Proposed Regulations On Non-Resident Alien Bank Deposit Interest", *International Taxation*, junio 2011. Señala que "EE.UU. es, en efecto, la mayor jurisdicción de paraíso financiero secreto porque bajo las presentes leyes de impuestos provee tratos de libre impuesto y de facto, secreto bancario para extranjeros no residentes y corporaciones extranjeras, y otras entidades extranjeras (colectivamente "personas extranjeras") que invierten en obligaciones que devengan intereses de los contribuyentes norteamericanos".

también sin Tratado pero sin la aprobación del Estado suizo⁴⁴⁶, lo que supone pasar de la resignación por la aplicación impuesta de FATCA como un mal necesario a la aceptación de esta Ley por el Estado suizo convirtiéndola en una obligación de derecho suizo⁴⁴⁷.

De este modo Suiza obliga a sus entidades financieras a practicar una retención del 30% en la venta de valores americanos a los propios ciudadanos suizos residentes en Suiza. Además quedan obligadas a aceptar como clientes a ciudadanos americanos residentes en Suiza, privilegio discriminatorio respecto a ciudadanos de otros países que no gozan de este derecho, algo que nunca había contemplado la normativa suiza.

Mucho más difícil de aceptar para Suiza resulta la injerencia que el Acuerdo supone en cuanto obliga a modificar el derecho suizo. Eso es lo que supone el artículo 4 del Tratado, que suprime el artículo 271 del Código Penal Suizo⁴⁴⁸ a favor de EE.UU. Además, aunque oficialmente el Consejo federal se oponía al intercambio automático de información, en la práctica el Acuerdo FATCA supone su aplicación aunque se haya creado una estructura formal que no lo reconozca expresamente.

Por último, la naturaleza intrínsecamente asimétrica del Tratado queda de manifiesto por el hecho de que el carácter “dinámico” del mismo se sustenta en el hecho de que cualquier cambio de las reglas por parte de las autoridades de EE.UU. será aplicado automáticamente sin necesidad de modificación del Tratado⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ De este modo el acuerdo señala expresamente: “Compte tenu du fait que la Suisse [...] soutient l’introduction de FATCA”.

⁴⁴⁷ El art. 1 del acuerdo señala como objetivo “mettre en application FATCA dans toutes les institutions financières suisses”.

⁴⁴⁸ Art. 271 del Code pénal suisse (Actes exécutés sans droit pour un Etat étranger)

⁴⁴⁹ Art. 2 Ley FATCA

III.3 LOS ACUERDOS RUBIK.

El llamado Proyecto Rubik es una estrategia promovida por la Asociación Suiza de Bancos⁴⁵⁰ que aboga por la aplicación de diversos impuestos liberatorios sobre los depósitos de no residentes y su remisión al país de residencia del depositante, de modo que les permita regularizar los fondos depositados en ese país manteniendo el secreto bancario. De este modo propone la firma de una serie de acuerdos bilaterales, también denominados Rubik, con los Estados miembros de la UE para preservar el secreto bancario a cambio de una indemnización anual a los Estados de residencia de sus clientes. Puede afirmarse que constituye la respuesta del sector bancario suizo a los avances antes señalados en la aceptación de los estándares de la OCDE en materia de intercambio de información.

El Proyecto Rubik se puso en marcha con la firma de tres acuerdos

“Droit applicable

1 Les obligations des établissements financiers suisses envers l’IRS sont régies par la législation applicable aux Etats-Unis, sauf disposition contraire prévue expressément par l’accord FATCA.

2 Les obligations de diligence des établissements financiers suisses sont régies par l’annexe I de l’accord FATCA. Les obligations de diligence des établissements qui ont choisi d’appliquer la procédure arrêtée dans les dispositions d’exécution applicables du Trésor américain sont régies par ces dispositions d’exécution.”

⁴⁵⁰ El papel desarrollado por el Gobierno y el poder legislativo fue secundario. *Vid* ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (ASB), *Project - Flate Rate. Tax Flat rate tax on assets held with banks on a cross-border basis*, diciembre de 2009. Disponible en http://www.swissbanking.org/en/20091210-4730-dok-rubik_businesscase_sbvg-uka-final.pdf. (Último acceso 2 de diciembre de 2014)

iniciales⁴⁵¹ con Alemania, el 21 de septiembre de 2011⁴⁵², Reino Unido, el 6 de octubre de 2011⁴⁵³, y con Austria, el 13 de abril de 2012⁴⁵⁴, lo que pareció el inicio de un proceso que tenía visos de generalizarse y la quiebra de la progresiva apertura que se había constatado en el secreto bancario suizo⁴⁵⁵. Las esperanzas iniciales sobre ello pronto se vieron truncadas tras ser rechazado definitivamente por la Comisión mediadora entre las Cámaras Alta y Baja del Parlamento alemán (Bundestag y Bundesrat) en febrero de 2013⁴⁵⁶. Los Parlamentos de Reino Unido y

⁴⁵¹ Los acuerdos fueron aprobados en el mes de mayo de 2012 por el Parlamento suizo, aunque fueron muy cuestionados y sometidos a referéndum en noviembre de 2012 por iniciativa, con motivos opuestos, de Acción por una Suiza Independiente y Neutra (ASIN) y la Juventud Socialista.

⁴⁵² Vid. PERDELWITZ, A., "The New Tax Agreement between Germany and Switzerland, Milestone or Selling of Indulgences?", *European Taxation*, núm. 12, diciembre 2011, pág. 496 a 503.

⁴⁵³ Accord entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la coopération en matière de fiscalité, 6 de octubre de 2011 y Protocole portant modification de l'accord entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la coopération en matière de fiscalité, 20 de marzo de 2012. Disponible en http://www.swissbanking.org/fr/quellensteuerabkommen_uk_neu_de.pdf. CARELLI, F., "The New Tax Agreement between Switzerland and the United Kingdom An Analysis", *European Taxation*, núm. 6, junio 2012, pág. 301-307.

⁴⁵⁴ Accord entre la Confédération suisse et la République d'Autriche concernant la coopération en matière de fiscalité et de marchés financiers. Disponible en <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/26579.pdf>. Ratificado por el Parlamento suizo el 30 de mayo de 2012 y por el austriaco el 6 de julio del mismo año.

⁴⁵⁵ MARTÍNEZ GINER, L. A., "El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK", op.cit.

⁴⁵⁶ El 23 de noviembre de 2012 fue rechazado por el Bundesrat pasando a ser estudiada la posibilidad de acuerdo por la Comisión mediadora.

Austria ratificaron los acuerdos, que tenían prevista su entrada en vigor para el 1 de enero de 2013.

La estrategia planteada por el Proyecto establece por un lado un pago único y liberatorio, de carácter anónimo, como regularización de los rendimientos pasados no declarados por los residentes de terceros países con depósitos en Suiza. El pago de este impuesto supone por tanto una regularización de las deudas devengadas por este concepto hasta el momento del pago, considerándose que el contribuyente ha cumplido con todas sus obligaciones con el país de residencia en plazo, lo que supone de facto una amnistía fiscal⁴⁵⁷, sin penalización ni persecución de ningún tipo, y preservando su anonimato⁴⁵⁸. El tipo a aplicar se negocia individualmente con cada país en función del montante estimado del capital que sus residentes tienen depositado en Suiza⁴⁵⁹. En todo caso el titular de una cuenta puede optar por revelar su identidad y eludir el impuesto. Esta regularización tiene en cuenta los plazos de prescripción⁴⁶⁰ y de las obligaciones de mantenimiento de documentación por parte de los agentes pagadores suizos⁴⁶¹. El objetivo de Suiza con estos Acuerdos es transformar la retención prevista en la Directiva del Ahorro en una retención con efecto liberatorio que le permita mantener su secreto

⁴⁵⁷ LAAOUEJ, A., “Les accords “rubik” proposes par la suisse: bonne solution ou miroir aux alouettes?”, *Boletín Etat de la question*, Institut Emile Vandervelde, Marzo de 2013, pág, 16.

⁴⁵⁸ Opinión del Gobierno francés. En *Le Nouvel Observateur* de 24 de noviembre de 2011.

⁴⁵⁹ Entre el 21% y el 34% (excepcionalmente el 41%) del capital total depositado en el caso de Alemania y Reino Unido, y entre el 15% y el 30% (excepcionalmente el 38%) en el caso de Austria.

⁴⁶⁰ Vid. Comentarios al art. 7.2 del Acuerdo.

⁴⁶¹ 10 años según el art. 962.1 del “Code des obligations” (CO) (RS 220).

bancario⁴⁶², limitando así los efectos que los nuevos Convenios de doble imposición firmados por Suiza conforme al MCOCDE tendrían sobre el intercambio de información.

Por otro lado establece una retención anual sobre los rendimientos generados por los activos a partir de la firma del Acuerdo bilateral⁴⁶³ que, como en el caso del impuesto único, se negocia país por país⁴⁶⁴ y se transfiere al Estado de residencia del titular de tales cuentas, manteniendo en todo caso el anonimato del perceptor⁴⁶⁵. Con este pago el contribuyente queda liberado de cualquier obligación tributaria con su país de residencia respecto de los rendimientos gravados con el mismo. La retención se ve limitada por las condiciones impositivas del país de residencia del perceptor, lo que supone que su importe no podrá superar el que le correspondería pagar en su país de residencia, es decir, que no debe suponer una penalización, y por tanto, si los rendimientos no se encuentran gravados en su país de residencia, la retención deberá ser nula y podrá mantener el anonimato de forma gratuita.

Los sujetos afectados por estas retenciones previstas en los acuerdos serán las persona físicas residentes en los Estados contratantes que tengan una cuenta en Suiza y los beneficiarios efectivos de las cuentas, es decir, los perceptores de rendimientos a través de “sociedades de domicilio”, de un seguro de vida o por intermediación de otra persona física. Los Acuerdos incluyen pocas garantías acerca de su correcta aplicación y

⁴⁶² Vid. SWISS BANKING, Accord entre la Suisse et l'Allemagne pour résoudre certaines questions fiscales bilatérales, 5 de abril de 2012, pág.2.

⁴⁶³ Los intereses afectados por el Acuerdo sobre la fiscalidad del ahorro no se ven afectados por este impuesto y no tienen carácter liberatorio.

⁴⁶⁴ Alemania 26,375%; Austria 25%; Reino Unido 48% sobre los intereses, 40% sobre los dividendos y 27% sobre las ganancias del capital.

⁴⁶⁵ CARELLI, F., “The new Tax Agreement between Switzerland and the United Kingdom. An Analysis”, op. cit., pág. 301.

numerosas lagunas que pueden suponer vías de evasión⁴⁶⁶, llegando a ser calificados de “indeseables” por PISTONE⁴⁶⁷ pues dependen en gran medida de la buena voluntad de los bancos suizos. Las garantías previstas por los Acuerdos Rubik son únicamente las siguientes:

-El compromiso de la banca suiza a no participar “activamente” en estructuras artificiosas que permitan la evasión de haberes (un trust no se considera estructura artificial).

-Las autoridades suizas, a través de la Autorité Fédérale de Surveillance des Marchés Financiers (FINMA), se encargarán de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones fiscales de clientes y agentes pagadores, comenzando estas últimas a partir del tercer año de entrada en vigor de los acuerdos.

-Únicamente Reino Unido y Alemania han previsto en sus acuerdos la posibilidad de efectuar un número limitado de requerimientos de información sobre aspectos concretos y documentados en caso de sospecha fundada.

-La banca suiza entregará a los contratantes una lista de los diez países a los que se hayan transferido más fondos antes de la entrada en vigor de los acuerdos, así como una lista de las personas afectadas con el compromiso de mantenerla en el anonimato⁴⁶⁸.

Las autoridades suizas aseguran que se han previsto numerosos acuerdos de “étanche aux abus” para impedir la evasión o el abuso en la aplicación

⁴⁶⁶ Los Acuerdos Rubik, por este motivo, se calificaron como “queso con agujeros” (fromage à trous) en el diario *De Standaard* de 7 de septiembre de 2012.

⁴⁶⁷ PISTONE, P., “Exchange of information and Rubik Agreements: the perspective of an EU academic” en *Bulletin for International Taxation*, vol. 67, núm. 4-5/2013, págs.. 216 y ss.

⁴⁶⁸ Art. 18 de los Acuerdos Rubik.

de los Acuerdos. El hecho de que la puesta en práctica de los mismos dependa en su práctica totalidad de los bancos suizos supone aceptar a priori un comportamiento leal de los mismos⁴⁶⁹, ya que las posibilidades de control por parte de los Estados contratantes son nulas por aplicación del secreto bancario mantenido por los propios Acuerdos. Además la competencia en el control de los importes declarados en virtud de estos Acuerdos corresponde a la FINMA, cuya competencia ha sido puesta en duda⁴⁷⁰.

La posibilidad de transferencia de los fondos a un país o territorio fuera de Suiza escapando así a la aplicación de las disposiciones del mismo constituye otra laguna de estos acuerdos. En efecto, aunque los acuerdos prevén considerar la totalidad de los saldos de un cliente en cualquier sucursal de la banca suiza, esto no deja de constituir una garantía basada en la buena fe, puesto que algunas de las sucursales de estos bancos se localizan en territorios donde rige el secreto bancario⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Conviene recordar a este respecto algunos escándalos relacionados con la actitud de la banca suiza:

- En 2009 el banco UBS fue acusado de complicidad en fraude fiscal por la gestión de 19.000 cuentas no declaradas de clientes americanos con un saldo de 17.000 millones de \$, aceptando finalmente el banco proporcionar la identidad de dichos clientes para evitar la retirada de su licencia en USA. Este caso, junto al escándalo del LGT de Lichtenstein, motivó la aprobación de la legislación FATCA.

- En 2011 surge el escándalo de los CD, con datos de 1.500 titulares alemanes con cuentas en Suiza, robados y vendidos en 2010 a las autoridades alemanas por 2,5 millones de euros.

- El banco Julius Bär sospechoso ante el fisco alemán de ayudar a clientes alemanes a transferir fondos a sus sucursales de Singapur y Hong Kong.

⁴⁷⁰ Para un examen más amplio de sus competencias vid. <http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/finma-portraitbroschuere-20130927-f.pdf>

⁴⁷¹ Por ejemplo, Singapur.

Otro problema lo plantea el hecho de que el ámbito subjetivo de aplicación de los acuerdos puesto que, ni los trusts ni las “sociedades de domicilio” que ejerzan una actividad comercial o de fabricación, quedan dentro del ámbito de aplicación de los acuerdos. Otra forma de evadir su aplicación es el mecanismo del pago diferido, concertando una fecha futura de pago de los rendimientos en la que, siquiera de forma temporal, el perceptor estaría domiciliado en un tercer país no firmante.

Los Acuerdos Rubik firmados suponen una seria contradicción con la estrategia de la Unión Europea relativa a la fiscalidad del ahorro y al intercambio automático de información y la propia Comisión Europea expresó sus reservas sobre la conformidad de tales acuerdos con el Derecho de la UE⁴⁷², fundamentalmente en lo que respecta a la retención final sobre los rendimientos con el Acuerdo sobre la fiscalidad del ahorro firmado con Suiza en el marco de las Bilaterales II⁴⁷³. Estas dudas se refieren en primer lugar a la competencia de los Estados miembros para firmar acuerdos en esta materia una vez que ésta se ha visto sometida a regulación por la UE en virtud de los principios de competencia y subsidiariedad⁴⁷⁴. Además estos acuerdos no contemplan el intercambio de información automático y obligatorio que plantea la Directiva del Ahorro

⁴⁷² Vid MORENO GONZÁLEZ, S., “Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 146/2013, pág 193-221.

⁴⁷³ Acuerdo de 26 de octubre de 2004 entre Suiza y la Unión Europea relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE (LCEur 2003, 1951) en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

⁴⁷⁴ PASTORIZA VÁZQUEZ, J. S., “El intercambio de información y la directiva sobre fiscalidad del ahorro”, en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (Coords.): *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, op. cit., pág. 174.

como objetivo al final del periodo transitorio⁴⁷⁵. Estas dudas son las que motivaron la aprobación de dos protocolos de modificación de los acuerdos con Alemania⁴⁷⁶ y Reino Unido⁴⁷⁷, para eliminar aquellos aspectos regulados por la Directiva del ahorro y aquellos que pudiera regular en el futuro, tras los que la Comisión Europea considera que son conformes al Derecho de la UE. La firma de los Acuerdos Rubik, de llegar a extenderse a otros países dispuestos a canjear recursos económico por hermetismo informativo y secreto bancario, habría supuesto una baza importante para Suiza a la hora de negociar la reforma de la Directiva del Ahorro⁴⁷⁸, que se ha visto frenada en sus expectativas por la irrupción de los acuerdos FATCA.

⁴⁷⁵ MORENO GONZÁLEZ, S., “Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria”, op. cit., págs. 193-221.

⁴⁷⁶ “Protokoll zur Änderung des am 21 September 2011 in Berlin unterzeichneten Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt” (5 de abril de 2012). Disponible en <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/26543.pdf>.

⁴⁷⁷ Protocol Amending the Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Swiss Confederation on Cooperation in the area of Taxation, Signed at London on 6 October 2011 (20 de marzo de 2012). En <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/26323.pdf>

⁴⁷⁸ Para la firma de estos Acuerdos los Estados contratantes deben reconocer expresamente que estos constituyen una alternativa equivalente al intercambio automático de información en el sentido de la Directiva sobre la fiscalidad del ahorro.

III.4 LA PROPUESTA OCDE DE ESTÁNDAR INTERNACIONAL PARA EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN FISCAL

La evasión de impuestos por la deslocalización de rentas y capitales constituye un serio problema para los países a nivel mundial. Para reforzar las acciones contra la evasión fiscal y aumentar la confianza y la equidad de los sistemas tributarios internacionales el 19 de abril de 2013 los ministros de Finanzas del G20 y los gobernadores de los bancos centrales aprobaron el intercambio automático de información como la nueva norma internacional que debe sustituir al sistema de intercambio de información a demanda así como su intención de acabar con el secreto bancario, solicitando a la OCDE trabajar junto al G20 para desarrollar una norma multilateral sobre esta cuestión. El 18 de junio de 2013 la OCDE presentó un informe en la reunión del G8 de Lough Erne sobre la preparación de un modelo estándar de intercambio automático, manifestando éste su apoyo al proyecto OCDE de modelo multilateral de intercambio automático y a los trabajos llevados a cabo por la misma para luchar contra la erosión de bases imponibles y la transferencia de beneficios⁴⁷⁹.

La OCDE presentó el 13 de febrero de 2014 su “Propuesta de estándar internacional para el intercambio automático de información fiscal”⁴⁸⁰, que emplaza a las jurisdicciones a obtener información sobre sus instituciones financieras e intercambiar entre ellas dicha información anualmente de forma automática, abarca todo tipo de ingresos financieros de personas y

⁴⁷⁹ Vid. comunicado final del G8 difundido por la presidencia francesa. Disponible en: <http://www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/communiqué-final-du-g/>

⁴⁸⁰ OCDE, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*, 13 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Automatic-Exchange-Financial-Account-Information-Common-Reporting-Standard.pdf>

sociedades desde su entrada en vigor. Las nuevas reglas de intercambio automático de información implican el registro a partir de 2016 de los datos de todas las nuevas cuentas bancarias y de las existentes a finales de 2015, lo que sustenta el temor de la banca suiza a una fuga de capitales antes de esa fecha si no se llegan a acuerdos de regularización.

El intercambio automático se espera que pueda ser aplicado desde el 1 de septiembre de 2017 en un conjunto de países conocidos como “early adopters”, entre los que se cuenta España⁴⁸¹. Con esta propuesta, elaborada con la colaboración del G20 y de la Unión Europea, la OCDE pretende establecer un protocolo común para los intercambios automáticos, evitando la proliferación de marcos de actuación que supondría un incremento de los costos del procedimiento tanto para las entidades financieras como para las Administraciones fiscales. La nueva norma se basa en los anteriores trabajos de la OCDE sobre el intercambio automático de información, integrando en su texto los avances realizados en este ámbito por la Unión Europea y los últimos avances en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, sin dejar de reconocer el impulso que ha supuesto para su elaboración la aplicación de la Ley FATCA.

El informe se sometió a la aprobación de los ministros de Finanzas del G20 que se reunieron en Sidney los días 22 y 23 de febrero de 2014, donde se crearon unas comisiones técnicas cuya misión era la elaboración de un Comentario detallado sobre esta medida para asegurar una aplicación consistente de los estándares, que deje el menor margen posible a la interpretación, así como una guía de los dispositivos técnicos necesarios para implementar el intercambio de información automático en un formato común. En la reunión de Berlín del 29 de octubre de 2014 del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información para fines Fiscales se

⁴⁸¹ Listado de países con fecha de implementación del nuevo estándar a fecha 19 de noviembre de 2014 que recoge a Suiza como 52º país en firmar el Convenio Multilateral De Autoridades Competentes. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/MCAA-Signatories.pdf> (Último acceso 2 de diciembre de 2014)

acordó el nuevo estándar de intercambio automático de información, recogiendo el compromiso de 58 jurisdicciones a aplicarlo en septiembre de 2017, y de otras 35 a aplicarlo a partir de 2018, procediendo 51 países a la firma de un Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes (Multilateral Competent Authority Agreement-MCAA)⁴⁸² redactado por la OCDE y basado en el artículo 6 del Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua. Suiza, pese a manifestar su apoyo, no firmó en Berlín el Convenio (del mismo modo que EE.UU., Rusia, Liechtenstein, Singapur y las Islas Caimán) temiendo quedar en situación de desventaja frente a otros competidores financieros, procediendo finalmente a su firma el 19 de noviembre de 2014⁴⁸³ tras la reunión del G20 de Brisbane (Australia)⁴⁸⁴, comprometiéndose a intercambiar información de forma automática desde 2018⁴⁸⁵.

Los países que acepten participar en ese canje automático deberán

⁴⁸²<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/multilateral-competent-authority-agreement.pdf> (Último acceso 12 de noviembre de 2014).

En el Boletín Oficial del Estado del jueves 13 de agosto de 2015 se publicó el Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014.

⁴⁸³ Vid. OCDE, *La Suisse fait un pas important pour appuyer la coopération internationale contre la fraude fiscale*. Disponible en <http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/la-suisse-fait-un-pas-important-pour-appuyer-la-cooperation-internationale-contre-la-fraude-fiscale.htm>

⁴⁸⁴Vid. OCDE, *Oecd Secretary-General Report To The G20 Leaders*, Brisbane. Australia, noviembre de 2014. Disponible en https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/OECD_secretary-generals_report_tax_matters.pdf (Último acceso 8 de diciembre de 2014)

⁴⁸⁵ La UE y Suiza firmaron en Bruselas, el 27 de Mayo de 2015, el Acuerdo para intercambio automático de datos fiscales desde 2018. Disponible en <http://www.europapress.es/economia/fiscal-00347/noticia-ue-suiza-firman-acuerdo-intercambio-automatico-datos-fiscales-2018-20150527121118.html>

recopilar los datos de todas las entidades e intermediarios financieros bajo su jurisdicción incluyendo, además de las entidades bancarias, los operadores de mercados, los vehículos de inversión colectiva y determinadas entidades aseguradoras, que deberán proporcionar la información referida a todo tipo de ganancias obtenidas por inversiones, intereses, dividendos, contratos de seguros y de otros tipos de productos, así como balances contables y ventas de activos financieros. Inspirado en el modelo 1 FATCA este estándar prevé que las instituciones financieras recaben un amplio espectro de información acerca de las cuentas de sus clientes no residentes y que la transmitan a las autoridades fiscales nacionales, que la transmitirán anualmente al país de residencia del cliente.

El alcance de la información a intercambiar supera al previsto en la Directiva del Ahorro (que se limita a ciertas categorías de intereses) y engloba la identidad del titular y del beneficiario efectivo, el saldo de la cuenta, los intereses, los dividendos y los movimientos de la cuenta a fin de determinar las plusvalías, afectando tanto a las personas físicas como a las estructuras jurídicas que sean titulares de las cuentas. La OCDE hizo hincapié en que antes de su puesta en marcha los países implicados deberán dotarse del marco administrativo, de las capacidades y de los procesos necesarios para garantizar la confidencialidad de la información que reciban, que sólo podrá ser utilizada para los propósitos especificados, es decir, la lucha contra la evasión fiscal y el fraude⁴⁸⁶.

La información remitida deberá precisar las personas físicas o entidades tenedoras incluso cuando se trate de "trusts"⁴⁸⁷, fundaciones y otros

⁴⁸⁶ Esta cuestión era una reivindicación de los bancos suizos, que pretendían que la información fuera utilizada únicamente a efectos fiscales y no pudiera ser transmitida a otras autoridades.

⁴⁸⁷ La inclusión de los trusts anglosajones ha constituido un motivo de preocupación para Suiza a lo largo de todo el proceso de desmantelamiento de su secreto bancario y de avance hacia el intercambio automático de información.

mecanismos pantalla que tratan de ocultar su verdadera misión de ocultación, con la obligación de identificar a quienes las controlan⁴⁸⁸. La obligación de comunicar la identidad de los titulares y beneficiarios efectivos de los trusts satisface las exigencias de la banca suiza, que hizo del “level playing field” una exigencia irrenunciable para su adopción de la nueva norma por temor a quedar en desventaja respecto a las entidades financieras extraterritoriales anglosajonas tras verse obligada a aceptar los estándares de intercambio de información de la OCDE.

Suiza no sólo participó en la elaboración de los nuevos estándares internacionales para el intercambio automático de información, sino que planteó diversas reivindicaciones que finalmente fueron incluidas en la propuesta de la OCDE⁴⁸⁹. Las cuatro reivindicaciones planteadas por Suiza eran la aplicación del principio de reciprocidad en el intercambio de datos de clientes bancarios (a diferencia del Acuerdo FATCA Suiza-EE.UU.), la identificación de los titulares reales de derechos de todo tipo de estructura jurídica (incluyendo expresamente la obligación de los trusts y las fundaciones de notificar la identidad de los titulares de los fondos), el respeto al principio de especialidad de forma que el intercambio de datos se efectúe entre autoridades fiscales y únicamente pueda ser utilizado para estos fines y, por último, el respeto al principio de confidencialidad de modo que se garantice la protección de datos. Para las autoridades suizas resulta fundamental que estas reivindicaciones sean respetadas en los Comentarios a aprobar próximamente.

Las dos últimas cuestiones no resultan en principio problemáticas y su

⁴⁸⁸ OCDE, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information, op.cit., Prefacio.

⁴⁸⁹ En un principio se planteó en Suiza la conveniencia de participar en las mismas, si bien finalmente se vieron obligadas por los acontecimientos. En este sentido vid. las declaraciones de la Ministra suiza de Finanzas en el diario “Neue Zürcher Zeitung” de 20 de febrero de 2014.

aceptación parece segura pues cuenta con el apoyo de los grandes países del G20. En este sentido el prefacio del modelo estándar es concluyente al señalar que es esencial que los países que reciban la información dispongan del cuadro legal y de la capacidad necesaria para garantizar la confidencialidad de los datos y el hecho de que no serán utilizados mas que para los fines previstos en el acuerdo conforme se indica en el Prefacio del *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*⁴⁹⁰. Además, en la declaración conjunta firmada por los 42 países que se comprometieron desde el inicio a la adopción del nuevo estándar se insiste en el papel que el Foro Mundial deberá jugar en la supervisión del cumplimiento de estos principios.

Para Suiza la preocupación viene de la aplicación de las otras dos condiciones (la reciprocidad y la identificación de los titulares reales) que se encuentran muy ligadas pues si la identificación no es completa no puede existir verdadera reciprocidad, pues los trusts anglosajones impedirían proporcionar datos a otros Estados en los que no se aplica esta figura y que, por el contrario, se verían obligados a aportarlos respecto de las estructuras jurídicas radicadas en su territorio. Estados Unidos, sin embargo, reclama ciertos privilegios: rechaza el principio de reciprocidad total en el intercambio y exige excepciones en las normas relativas a los trusts y los paraísos fiscales extraterritoriales.

De hecho la cuestión de la identificación de los titulares de estructuras jurídicas resulta problemático desde su punto de partida, pues tal identificación depende de las normativas nacionales sobre blanqueo de dinero y éstas varían de un país a otro⁴⁹¹. Aunque tales normas

⁴⁹⁰ “Before entering into a reciprocal agreement to exchange information automatically with another country, it is essential that the receiving country has the legal framework and administrative capacity and processes in place to ensure the confidentiality of the information received and that such information is only used for the purposes specified in the instrument.”

⁴⁹¹ Vid. ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (ASB), *Prise de position de*

antiblanqueo se basan en el estándar internacional del GAFI es evidente que existen zonas grises en la misma, como el caso de las acciones al portador en Suiza⁴⁹² o de la imposibilidad de identificación de los beneficiarios efectivos de una cuenta cuyo titular es una Limited Liability Company (LLC) en el Estado americano de Delaware.

En lo relativo a la identificación de los titulares efectivos de derechos la “Association suisse des banquiers” (ASB) teme las consecuencia de la excepción de la obligación de EE.UU. de identificar los beneficiarios efectivos de las cuentas abiertas en entidades financieras americanas por entidades jurídicas opacas con residencia en países con los que USA no haya firmado un Acuerdo FATCA⁴⁹³, de modo que Suiza y el resto de

l’Association suisse des banquiers relative à la norme publiée par l’OCDE sur l’échange automatique d’informations, Basel, 13 de febrero de 2014. Disponible en <http://www.swissbanking.org/fr/stellungnahme-20140213.htm>.

⁴⁹² El 12 de marzo de 2014 el Consejo de Estados acepto las principales propuestas tendentes a adaptar la Ley a las exigencias del GAFI entre las que se incluye lo referente a mejorar la transparencia de la identificación de los titulares reales de acciones al portador. A tal efecto se elaboró el proyecto de *Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d’action financière, révisées en 2012* que en diciembre de 2014 se encuentra en tramitación. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/685.pdf>

⁴⁹³ OCDE, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information. Common Reporting Standard, op.cit. , Parte I, apdo. I.8.:

“The Common Reporting Standard (“CRS”), with a view to maximizing efficiency and reducing cost for financial institutions, draws extensively on the intergovernmental approach to implementing FATCA. While the intergovernmental approach to FATCA reporting does deviate in certain aspects from the CRS, the differences are driven by the multilateral nature of the CRS system and other US specific aspects, in particular the concept of taxation on the basis of citizenship and the presence of a significant and comprehensive FATCA withholding tax. Given these features, that the intergovernmental approach to FATCA is a pre-existing system with close similarities to the CRS, and the anticipated progress towards widespread participation in the CRS, it is

países que adopten el modelo OCDE de intercambio automático dejarían de recibir información de aquellos de sus ciudadanos que tengan cuentas en entidades americanas a través de estructuras jurídicas radicadas en países como Panamá. A cambio de esta excepción los Estados Unidos practicarían una retención en la fuente del 30% que, dado su carácter sancionador, pretende homologar como equivalente a un intercambio automático de información⁴⁹⁴. Más llamativo, y preocupante para la eficacia que pretende el modelo, resulta el hecho de que los Estados Unidos no practicarán esta retención en la fuente mas que en el caso de que los rendimientos procedan de inversiones en valores americanos, por lo que cualquier rendimiento procedente de otra fuente queda exento de retención. De este modo si un contribuyente español posee una entidad en Panamá con una cuenta abierta en USA y no invierte en valores americanos, se aseguraría la opacidad fiscal al no estar sujeta a obligación de información y, además, no sería objeto de retención alguna por sus rendimientos. Sin embargo en el caso contrario (contribuyente americano titular de entidad panameña con cuenta en España) España sí estaría obligada a proporcionar la información sobre este contribuyente al fisco americano. Consciente de este riesgo de asimetría el Secretariado de Estado de cuestiones financieras internacionales⁴⁹⁵ (SFI) cuenta con la

compatible and consistent with the CRS for the US to not require the look through treatment for investment entities in Non-Participating Jurisdictions.”

⁴⁹⁴ Algo que resultaba inaceptable para la OCDE en el caso de los Acuerdos Rubik. En este sentido vid “Rubik: l'OCDE opposee à la proposition de Reynders”, *7sur7.be*, Bélgica, 12 de septiembre de 2012. Disponible en <http://www.7sur7.be/7s7/fr/1536/Economie/article/detail/1499554/2012/09/12/Rubik-l-OCDE-opposee-a-la-proposition-de-Reynders.dhtml>

⁴⁹⁵ El “Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales” (SFI) es el responsable suizo de la coordinación y de la dirección estratégica de los asuntos financieros, monetario y fiscales de ámbito internacional, y dirige las delegaciones suizas en la negociación de acuerdos internacionales sobre estas materias. <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home.html>

vigilancia del Foro Mundial sobre estas cuestiones.

Respecto a la reciprocidad, el nuevo estándar de la OCDE se basa en modelo 1 del Acuerdo FATCA⁴⁹⁶ que prevé una reciprocidad limitada, pues los EE.UU. proporcionan únicamente información sobre intereses y dividendos y reciben de la contraparte una mayor cantidad de información, lo que hace sospechar a la ASB que tampoco en este caso la reciprocidad con EE.UU. será completa⁴⁹⁷. Pese a todo, el 21 de mayo de 2014, el Consejo Federal aprobó los proyectos de mandato para las negociaciones con relación a la introducción del intercambio automático de información con la Unión Europea, Estados Unidos y otros países (que desembocaron en la firma del Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes el 19 de noviembre de 2014) y que contemplaban los siguientes puntos:

-El intercambio automático de información debe ser negociado con la Unión Europea.

-En cuanto a la aplicación de la ley (FATCA), Suiza negociará con EEUU un acuerdo FATCA 1 buscando la reciprocidad.

-Se iniciarán negociaciones sobre el intercambio automático de información con otros países, dando preferencia a aquellos con los que existen estrechos vínculos económicos y políticos y que, si procede, provean a sus contribuyentes con un margen suficiente para la

⁴⁹⁶ Ver manifestaciones de Pascal Saint-Amans el 29 de noviembre de 2013 a swissinfo.ch disponibles en: http://www.swissinfo.ch/fre/politique_suisse/Echange_d_informations:_l_OCDE_s_inspirera_de_FATCA_.html?cid=37436732

⁴⁹⁷ “Il y a lieu de penser que les Etats-Unis ne seront pas prêts à proposer la réciprocité complète” recoge textualmente el documento ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (ASB), *Prise de position de l'Association suisse des banquiers relative à la norme publiée par l'OCDE sur l'échange automatique d'informations*, op.cit., disponible en: <http://www.swissbanking.org/fr/stellungnahme-20140213.htm>.

regularización.

-Se deberá proceder a la modificación del marco legal para que contemple el intercambio automático de información.

Para Suiza la propuesta plantea el problema de que carece de normas relativas a casos de evasión fiscal cometidos en el pasado, lo que deja al margen una posible regularización de fondos opacos depositados en bancos suizos. Si no se consigue encontrar una solución para regularizar los fondos evadidos antes de la introducción del intercambio automático de información, el sector financiero suizo teme que muchos capitales abandonen la plaza financiera con destino a paraísos fiscales.

Los nuevos estándares de la OCDE constituyen un modelo para la conclusión de nuevos convenios de doble imposición, y en ningún caso podrá exigirse su aplicación con carácter retroactivo. Si bien su introducción resultará sencilla en la mayoría de los países, pues disponen de una normativa que concede a los gobiernos competencias para ello, en Suiza esta medida requiere una modificación legislativa y nuevos tratados internacionales, que están sometidos al visto bueno del Parlamento y posiblemente al veredicto de las urnas en referéndum.

III.5 EL PLAN BEPS DE LA OCDE

Paralelamente a la labor de la OCDE de impulso del intercambio automático de información y de la promoción del Convenio de la OCDE/Consejo de Europa como nuevo estándar de asistencia administrativa y generalización del intercambio de información rogado⁴⁹⁸, ésta se encuentra inmersa en otro importante programa de reforma con miras a tratar de dar solución de manera global al problema que plantea la reducida carga impositiva que soportan las entidades transnacionales a

⁴⁹⁸ En su versión de 2010. Suiza se adhirió recientemente a este Convenio.

través de la adecuada estructuración o planificación fiscal internacional, lo que se ha denominado erosión de bases imponibles y traslado de beneficios [Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)].

El 12 de febrero de 2013 la OCDE publicó el informe “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”⁴⁹⁹ como respuesta al mandato de colaboración que recibió en 2012 de los líderes del G20 ante su preocupación por el problema de la erosión de bases imponibles y la transferencia de beneficios por parte de las corporaciones transnacionales (ETN), y en el que se reconoce la necesidad de elaborar un plan de acción para erradicar este problema.

Este documento señala que ya se tienen identificadas las principales estructuras legales utilizadas por las empresas multinacionales a efectos de conseguir el traslado internacional de beneficios y las circunstancias que permiten que se erosione la base fiscal. Analiza aspectos tales como la fiscalidad de cada país o territorio (así como la existencia dentro de los mismos de territorios con bajos niveles de imposición), las reglas de precios de transferencia, el endeudamiento, las reglas antievasión y las estructuras fiscales corporativas.

Considerando los puntos anteriores, las autoridades fiscales de los países miembros del G20 pudieron comprobar cómo, mediante estructuras legales, las entidades transnacionales han venido tomando ventaja de las asimetrías que ofrecen las legislaciones fiscales entre un país y otro, fomentando la transferencia de beneficios a territorios con menor tributación y erosionando la base tributaria de las distintas jurisdicciones que interactúan entre ellas⁵⁰⁰. También pudieron comprobar la operativa

⁴⁹⁹ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013. Disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en

⁵⁰⁰ Vid. JANSKY, P. Y PRATS, A., “Multinational corporations and the profit-shifting lure of tax havens”, *Christian Aid Occasional Paper*, núm. 9, Christian Aid, Londres, 266

que siguen estas transnacionales para conseguir sus objetivos, entre cuyas actuaciones destacan las siguientes:

- Transferencia de fondos por servicios, intereses y royalties soportados por acuerdos anticipados de precios en donde los países están de acuerdo con los márgenes de utilidad generados en estas operaciones.

- Utilización de entidades híbridas, en donde la entidad radicada en un país es contribuyente (generalmente en un país de baja imposición fiscal) y en la otra jurisdicción es considerada como entidad transparente, por lo que la tributación en esta segunda entidad es nula.

- Operaciones o transacciones financieras híbridas que en una jurisdicción es considera como una operación de deuda y en la otra jurisdicción es considerada una operación de capital, es decir que en la primera jurisdicción los pagos realizados por la entidad son tipificados como intereses y por ende se consideran gasto fiscalmente deducible y en el país receptor de los pagos se consideran como dividendos y no se considera ingreso a efectos fiscales.

- Por medio de las reglas internacionales actuales en materia de precios de transferencias se segregan o transfieren funciones, activos y riesgos entre países con la consiguiente transferencia de beneficios a países con baja imposición fiscal⁵⁰¹.

La conclusión es que, como las operaciones entre empresas relacionadas pertenecientes a grupos multinacionales se hacen empresa por empresa, es muy difícil para las autoridades fiscales revisar la naturaleza económica de cada una de estas operaciones, que se centran en comprobar el cumplimiento de las reglas de precios de transferencia. Es decir, se pone

marzo de 2013, <http://www.christianaid.org.uk/images/ca-op-9-multinational-corporations-tax-havens-march-2013.pdf>

⁵⁰¹ En ocasiones mediante “tax rulings” con diferentes Estados.

más énfasis en la estructura legal que en la sustancia económica de las transacciones. En este contexto, las estructuras multinacionales encuentran fácilmente el modo de minimizar o eludir la imposición, lo que afecta de forma negativa a diversas partes:

- Los gobiernos se enfrentan a unos menores ingresos fiscales y a mayores costes de supervisión, frenando la inversión pública y el crecimiento económico y haciendo que la imposición afecte a la asignación de recursos creando ineficiencias.
- Los contribuyentes se enfrentan a mayores cargas impositivas para compensar la carga impositiva eludida por las multinacionales.
- Las empresas con una dimensión suficiente para operar en un ámbito multinacional pueden ver su imagen afectada por estas prácticas o bien verse abocadas a utilizarlas si no quieren verse en desventaja frente a competidores que sí las ponen en práctica. Las que no tengan una dimensión suficiente verán mermada su competitividad al no poder reducir o eludir impuestos como las multinacionales.

A la vista de las anteriores conclusiones la OCDE desarrolló un plan de acción para que a nivel internacional, tanto los países miembros como los países del G20, tomen las medidas correspondientes a efectos de disminuir la erosión de la base tributaria y el traslado de beneficios. En paralelo el 18 de junio de 2013 la OCDE presentó un informe en la reunión del G8 de Lough Erne sobre la preparación de un modelo estándar de intercambio automático, manifestando éste su apoyo al proyecto OCDE de modelo multilateral de intercambio automático y a los trabajos llevados a cabo por la misma para luchar contra la erosión de bases imponibles y la transferencia de beneficios.

El 19 de julio de 2013, la OCDE publicó el informe “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting”⁵⁰² que constituye un intento de reforma

⁵⁰² OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publications, París,

en profundidad del sistema fiscal internacional tomando en consideración la nueva realidad fiscal de las empresas transnacionales y en el que se proponen 15 acciones para contrarrestar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios⁵⁰³. También asignó a cada acción un grupo de trabajo y equipos de trabajo concretos, y estableció un límite de tiempo para la entrega de los resultados esperados. Las quince medidas giran en torno a tres objetivos fundamentales que permiten agruparlas para su análisis de la siguiente manera:

-El primero, recogido en la Acción 1, supone abordar los problemas derivados de la economía digital que permite realizar negocios desde cualquier lugar del mundo posibilitando así la reducción de la carga fiscal.

-El segundo grupo de acciones (Acciones 2 a 5) va encaminado a asegurar la coherencia, así como cierto nivel de homogeneidad, en el gravamen de las transacciones internacionales entre las distintas soberanías fiscales y a evitar la competencia fiscal desleal entre Estados.

-Por último, el tercer grupo de acciones (Acciones 6 a 15) abarca la alineación entre la fiscalidad y la sustancia. Con ello, la OCDE pretende cubrir el abuso o uso impropio de los Convenios sobre Doble Imposición con el fin de conseguir la doble no imposición.

Las acciones individuales necesarias para evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios son las siguientes:

2013. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

⁵⁰³ Recibió el apoyo del G20 en la cumbre celebrada los días 5 y 6 de septiembre de 2013 en San Petersburgo, donde el punto 50 de la Declaración final señala: *“Celebramos el establecimiento del proyecto BEPS G20/OCDE y exhortamos a todas las naciones interesadas a participar en la iniciativa. Las ganancias deben ser gravadas donde se llevan a cabo las actividades económicas que las producen.”*. https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/Saint_Petersburg_Declaration_ENG_0.pdf

Acción 1: Atender el reto de fiscalización de la economía digital tanto en lo referente a la imposición directa como a la indirecta, tratando de evitar que la actividad económica de empresas en países mediante presencia digital quede sin gravar, considerando como principal medio para lograr lo anterior el diseño global de las políticas fiscales en materia de impuesto sobre sociedades, de modo que una misma operación sea considerada del mismo modo desde el punto de vista fiscal⁵⁰⁴.

Acción 2: Neutralizar el efecto de los contratos y/o operaciones híbridas, proponiendo el desarrollo de un tratado modelo y de recomendaciones (que sirvan a las distintas jurisdicciones para el diseño de sus políticas fiscales internas) sobre cómo neutralizar efectos indeseados de los mecanismos híbridos tales como la doble no imposición, la doble deducción o la existencia de empresas con doble residencia. Entre las medidas que se pueden adoptar por los Estados cabe señalar, entre otras:

- Introducir cambios en el MCOCDE para garantizar que las entidades e instrumentos híbridos no se utilizan para obtener indebidamente beneficios del mismo.

- Disposiciones que impidan gozar de exención en el país perceptor o bien nieguen la deducción de pagos hechos por el contribuyente.

- Introducir disposiciones legales internas que impidan exenciones y que nieguen deducciones por pagos que no sean considerados ingreso del beneficiario y no sujetos a tributación por tratarse de una compañía foránea controlada (CFC).

- Introducir disposiciones legales internas que nieguen una deducción

⁵⁰⁴ Sobre este aspecto vid. también la Decisión de la Comisión Europea de 22 de octubre de 2013 *Taxing the Digital Economy: Commission creates Expert Group to guide EU approach*, C (2013) 7082 final. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-983_en.htm?locale=EN

por pagos que también sean deducibles en otra jurisdicción (double dip).

Autores como MARTIN JIMENEZ y CALDERON CARRERO plantean la cuestión de si “el restablecimiento de retenciones en la fuente para intereses y cánones, como se sugirió en los años 1960, en los trabajos preparatorios al MCOCDE, no sería una medida más simple y eficaz para eliminar este problema”⁵⁰⁵.

Acción 3: Fortalecimiento de las reglas sobre CFC mediante su inclusión en aquellos países que no las contienen y mediante la coordinación y homologación internacional de las de los países que ya las contemplan.

Acción 4: Limitar la erosión de la base vía la deducción de intereses y otro tipo de pagos financieros desarrollando recomendaciones sobre el diseño de reglas que prevengan la utilización de métodos tales como deuda contratada entre partes relacionadas o partes independientes que generen cargas excesivas de intereses u otros pagos similares y la generación de gastos relacionados con rentas exentas para el pagador o el perceptor.

Acción 5: Identificación y manejo eficiente de prácticas fiscales abusivas⁵⁰⁶ considerando la transparencia y la sustancia en la aplicación de regímenes preferenciales.

Acción 6: Evitar el abuso de tratados mediante la vinculación de los ingresos al lugar donde se lleve a cabo la actividad y mediante la creación

⁵⁰⁵ MARTIN JIMENEZ, A. y CALDERON CARRERO, J.M., “El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿el final, el principio del final o el final del principio?”, *Quincena Fiscal*, núm. 1, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 4.

⁵⁰⁶ Señala expresamente el Plan, que la carrera a la baja en la base del impuesto sobre rentas móviles señalada en el Informe de la OCDE de 1998 *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue* permanece hoy día, si bien se da más en la forma de regímenes especiales o reducciones de tipos para ciertas rentas.

de reglas que impidan el gozar de su beneficios en circunstancias inapropiadas y su utilización como tratados de doble no imposición. A tal fin sería necesario establecer un estándar antiabuso a nivel internacional.

Acción 7: Prevenir la elusión del estatus de establecimiento permanente mediante la modificación de este concepto en el MCOCDE de modo que se evite la erosión de bases mediante la utilización de mecanismos tales como la constitución de establecimientos permanentes vía contratos de comisión (commissionaire agreements) y la excepción de ciertas actividades de las reglas que regulan estos establecimientos.

Acciones 8, 9 y 10: Asegurar que las normas sobre precios de transferencia se correspondan con la efectiva creación de valor en cada territorio y no se utilicen para desviar beneficios a territorios con baja imposición en lo relativo a intangibles, riesgos, capital y otras transacciones de alto de riesgo.

Acción 11: Establecer metodologías para recopilar y analizar datos sobre BEPS así como las acciones para atacarlo. Al respecto de esta acción se ha suscitado el debate sobre si no debería ésta ser un paso previo a las propuestas señaladas por el plan BEPS a fin de contar para las mismas con datos fiables, si bien se admite que el análisis de los efectos de cualquier propuesta necesita de una posterior recopilación de datos⁵⁰⁷. La redacción de esta acción en el plan conceptúa esta acción como un paso previo al establecimiento de las acciones a desarrollar⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ MARTIN JIMENEZ, A. y CALDERON CARRERO, J.M., "El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿el final, el principio del final o el final del principio?", op.cit., pág. 13

⁵⁰⁸ "...Ello implicará el desarrollo de análisis económicos de la magnitud e impacto de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (incluidos los efectos inducidos entre países) y las medidas para hacerle frente...".

Acción 12: Exigir a los contribuyentes que revelen sus prácticas fiscales agresivas (ya sean mediante estructuras, contratos o transacciones abusivas) mediante la elaboración de recomendaciones para el establecimiento de normas de declaración obligatoria. Esta acción exige definir con claridad el concepto de práctica agresiva y desarrollar mecanismos de intercambio información sobre esta materia entre Administraciones tributarias.

Acción 13: Reexaminar la documentación de precios de transferencia mediante el desarrollo de reglas que permitan a las autoridades fiscales mejorar la transparencia sin incrementar los costes de cumplimiento para las empresas. El plan establece la necesidad de establecer normas que impongan la obligatoriedad para las multinacionales de informar sobre la distribución territorial de su actividad, de sus ingresos y de los impuestos soportados.

Acción 14: Hacer más eficientes los mecanismos de resolución de controversias entre Estados desarrollando procedimientos amistosos y estableciendo cláusulas de arbitraje de carácter obligatorio y vinculante en los Convenios. Todo ello con la finalidad de dar respuesta a los previsibles enfrentamientos entre jurisdicciones que puedan surgir de la aplicación de las nuevas reglas del Plan, y de modo que garanticen la seguridad jurídica a los contribuyentes.

Acción 15: Desarrollar un instrumento multilateral diseñado entre los interesados para agilizar y simplificar la implantación de las anteriores acciones. La puesta en práctica de estas acciones supone la necesidad de introducir cambios en los Comentarios al MCOCDE, en las Directrices en materia de precios de transferencia de la OCDE, en el propio MCOCDE y en la normativa interna de los Estados. La necesidad de cambios en los Convenios bilaterales haría esta tarea lenta y costosa, por lo que se la mejor manera de aplicar las nuevas políticas será a través de un instrumento multilateral. El desarrollo de este instrumento multilateral vendría a paliar las deficiencias que plantea el uso recurrente del “soft

law” en el ámbito de la fiscalidad internacional, especialmente a través de los Comentarios al MCOCDE.

Para algunos autores el Plan supone la reacción internacional ante la insuficiencia de los Convenios y de la normativa nacional para hacer frente a los nuevos retos que plantean las nuevas economías global y digital. Todo ello en aras de buscar soluciones globales que garanticen la aplicación de los principios de coherencia y transparencia fiscal y la aplicación prioritaria de la sustancia de las operaciones económicas sobre la forma jurídica⁵⁰⁹. Por el contrario, el Plan de Acción BEPS ha recibido críticas desde ciertos sectores, fundamentalmente por entender que se trata de una prolongación del modelo vigente que no corrige sus errores y que mantiene el vigente orden fiscal internacional. En este sentido se firma que los distintos trabajos de la OCDE han servido para crear nuevas dudas interpretativas y nuevas brechas fiscales que han obligado a nuevas modificaciones⁵¹⁰. Junto a estas críticas se alzan las de quienes dudan de la legitimidad de la OCDE y el G20 para implantar estos cambios (fundamentalmente países en desarrollo)⁵¹¹ y las de quienes cuestionan la

⁵⁰⁹ MONTERO SIMÓ, M., “El Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE ¿Un cambio de paradigma?”, Blog del Máster Universitario en Tributación y Asesoría Fiscal, 21 de febrero, 2014. Disponible en: <http://blogmastercaf.wordpress.com/2014/02/21/el-plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios-de-la-ocde-un-cambio-de-paradigma/>

⁵¹⁰ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, P. A., “La dudosa legitimidad del Plan de Acción de la OCDE para la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 873/2013, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 2.

⁵¹¹ Sobre las críticas al Plan BEPS desde la perspectiva de los países en desarrollo vid. BERNE DECLARATION et al., Reparando las grietas tributarias. Un plan de acción. Recomendaciones conjuntas al G20 y OCDE para contrarrestar la erosión de base imponible y el traslado de utilidades. Disponible en: <https://www.inspiration.org/sites/default/files/Reparando-las-Grietas.pdf>

autoridad moral de algunos de sus miembros que dicen luchar contra la erosión de bases mientras mantienen bajo su soberanía o influencia territorios que practican una competencia fiscal desleal. Los países miembros del G20 que no forman parte de la OCDE (Arabia Saudita, Argentina, Brasil, China, India, Indonesia, Rusia y Sudáfrica) fueron aceptados como miembros de pleno derecho en los grupos de trabajo de la OCDE, que se comprometió a consultar el proyecto BEPS, mediante reuniones regionales⁵¹², con los países en vías de desarrollo a través del Grupo de trabajo sobre impuestos y desarrollo de la OCDE. También se establece su participación a través del Comité de expertos sobre cooperación internacional en temas tributarios de la ONU⁵¹³, que actúa como observador en el Comité sobre asuntos fiscales (CFA) de la OCDE, que podrá elaborar propuestas de medidas para la aplicación del plan BEPS a países en desarrollo que quedan fuera del proyecto de la OCDE.

Para los países en vías de desarrollo este plan no altera la actual situación de reparto de la imposición entre países donde se realiza la actividad y los países de origen de las transnacionales cuya modificación ha sido reiteradamente reclamada por aquellos⁵¹⁴. Tampoco contempla otras medidas beneficiosas para estos países como la retención en la fuente y el establecimiento de impuestos a los servicios, pero sí otras que consideran perjudiciales, como la implementación de un arbitraje obligatorio sobre precios de transferencia sin las adecuadas garantías para

⁵¹² A través de las organizaciones ATAF, CIAT, Korean Tax Centre y el Grupo de trabajo sobre impuestos y desarrollo de la OCDE

⁵¹³ A tal efecto se creó el Subcomité BEPS en octubre de 2013.

⁵¹⁴ Cfr. HOUSE OF COMMONS, International Development Committee, *Tax in Developing Countries: Increasing Resources for Development*, Londres, 17 julio 2012. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmintdev/130/13002.htm>

ellos⁵¹⁵.

III.5.1 POSTURA SUIZA FRENTE AL PLAN BEPS

En su posición de miembro de la OCDE Suiza participó, aportando sus puntos de vista, en los trabajos preparatorios del Plan de acción BEPS así como en los trabajos del Foro sobre prácticas fiscales perjudiciales (Forum on Harmful Tax Practices) que revisa los regímenes impositivos en vigor relativos a las empresas radicadas o que operan en los países miembros de la OCDE. Ambos trabajos, que suponen la mayor reforma en la imposición de las empresas en la historia de la OCDE⁵¹⁶, deben ser tenidos en cuenta por Suiza como país miembro a la hora de elaborar las medidas contempladas en la denominada “Tercera reforma de la imposición empresarial” (Réforme de l'imposition des entreprises) conocida como RIE III.

El Plan BEPS, al poner el acento en la imposición en el lugar en el que se crea valor, ha sido bien acogido por las autoridades y organizaciones empresariales y financieras suizas⁵¹⁷, al entender que será ventajoso para

⁵¹⁵ En este sentido vid. PICCIOTTO, S., “Base Erosion and Profit-Shifting (BEPS): Implications for Developing Countries”, *Tax Justice Network*, febrero de 2014. Disponible en <http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/TJN-Briefing-BEPS-for-Developing-Countries-Feb-2014-v2.pdf> (Último acceso 16 de noviembre de 2014).

⁵¹⁶ Declaraciones del Secretario General de la OCDE, Ángel Gurría, ante los Ministros de Finanzas del G20 en la cumbre de Moscú de julio de 2013: “*este Plan de Acción, que se va a desarrollar en los próximos dos años, marca un punto de inflexión en la historia de la cooperación internacional fiscal. Éste permitirá a los países elaborar normas coordinadas, integrales y transparentes necesarias para prevenir la EBTB*”. En este sentido vid. SCHELLING, C., “L'imposition des entreprises entre acceptation internationale et compétitivité”, *La Vie économique*, núm. 9, 2013, págs. 43-46.

⁵¹⁷ Opinión expresada por Martin Zogg, director general de SwissHoldings (Berna), que agrupa las principales sociedades industriales y de servicios de carácter

Suiza por tratarse de un país en el que, al contrario de lo que ocurre en territorios “off shore” y en ciertos países de la UE, gran parte del valor es creado por las empresas en territorio suizo. No obstante, se verá obligada a reformar cinco regímenes fiscales señalados, tanto por el Foro sobre prácticas fiscales perjudiciales como por la UE, como obstáculos a la competencia, fundamentalmente el tratamiento fiscal diferenciado que dan tres estatutos fiscales cantonales suizos a los beneficios de las sociedades holding, sociedades mixtas y sociedades de servicios y de administración en función de que se trate o no de sociedades suizas, que pueden provocar distorsiones de la competencia al gozar los beneficios de fuente extranjera de un tratamiento fiscal privilegiado (Ring Fencing). Además se le reclama la aplicación de las siguientes medidas de reforma:

- La reforma de la imposición de las sociedades cabecera.
- La supresión de la doble imposición de los beneficios obtenidos en el extranjero mediante la adaptación del sistema de imputación a forfait de impuestos.
- La transformación del impuesto anticipado sobre los rendimientos del ahorro en un impuesto al agente pagador.
- La supresión del derecho de timbre en las emisiones y ampliaciones de capital.
- La posibilidad de los cantones de renunciar a la aplicación del impuesto sobre el capital.
- La adaptación del sistema de beneficios fiscales para empresas acordados en el marco de su política de desarrollo regional.

Suiza se muestra dispuesta a corregir estas deficiencias, y así se contempla en la RIA III, pero manteniendo la autonomía fiscal de los

internacional de Suiza. Vid. ZOGG, M., “La Suisse participe au plan de l’OCDE sur la fiscalite”, *L’Agefi*, 30 de marzo de 2014.

cantones⁵¹⁸ si bien teme que tales exigencias de fair play no se hagan extensivas a otros países más potentes económicamente⁵¹⁹. El gobierno suizo manifiesta apoyar todas las iniciativas que persiguen las prácticas fiscales lesivas, pero hace hincapié en que las condiciones de competencia deben ser igual para todos (level playing field), en que no sólo debe ser aplicado por los países de la OCDE y en que debe respetarse la competencia fiscal internacional como impulsora de una mayor eficiencia de los Estados en la gestión del gasto público⁵²⁰. En este sentido Suiza entiende que el modo de financiar los gastos por parte de cada Estado y el nivel de carga fiscal a fijar forman parte de las prerrogativas de cada uno de ellos, y para ejercerlas es indispensable que la soberanía legislativa en materia de impuestos sea garantizada a nivel internacional y que la competencia fiscal entre Estados sea un principio internacionalmente aceptado, y entienden que, pese a todo ello, el Plan BEPS les obliga a revisar este principio de soberanía fiscal. Suiza entiende que la competencia está ligada a la gobernanza fiscal, y que constituye tanto un elemento de diferenciación entre Estados como un factor de disciplina fiscal y presupuestaria para los mismos, lo que permitiría a ciudadanos y empresas proceder a comparar las cargas fiscales y prestaciones que ofrece cada Estado y tomar sus decisiones en libre competencia

Por otro lado, Suiza reclama que el Plan no debería limitarse a los

⁵¹⁸ Vid. hoja de información del DFF, Réforme de l'imposition des entreprises III en http://www.genevefinance.ch/sites/default/files/pdf/rie_iii_dff_feuille_info_juin_2013.pdf

⁵¹⁹ Vid. ZOGG, M., "La Suisse participe au plan de l'OCDE sur la fiscalité", op.cit.

⁵²⁰ Vid. declaraciones del Consejero Federal suizo en las que manifiesta que la competencia fiscal entre Estado "acrecienta la eficacia del sector público" en SCHNEIDER-AMMANN, J., "OCDE: la Suisse veut se garder toutes les options ouvertes quant à la fiscalité", *La Côte*, 30 de mayo de 2013. Disponible en <http://www.lacote.ch/fr/economie/ocde-la-suisse-veut-se-garder-toutes-les-options-ouvertes-quant-a-la-fiscalite-603-1190341>.

aspectos fiscales, sino tener en cuenta también las subvenciones estatales y otras formas de ayuda a las empresas que distorsionan la competencia empresarial. Además entiende que este intercambio de información servirá para obtener detalles de las operaciones realizadas por multinacionales y poder contrastar así los precios de transferencia utilizados, lo que esperan podría generar unos importantes ajustes de bases que superarían las obtenidas por la afloración de rentas de personas físicas.

IV INSTRUMENTOS CONVENCIONALES DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN: EL PAPEL RELEVANTE DE LA OCDE

Sumario

IV.1.- INTRODUCCIÓN IV.2. EL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE Y SUS COMENTARIOS IV.2.1. Art. 26 del MCOCDE: La cláusula de intercambio de información IV.3. EL MODELO DE ACUERDO DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE LA OCDE. IV.4. EL CONVENIO CONJUNTO DEL CONSEJO DE EUROPA Y DE LA OCDE SOBRE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA TRIBUTARIA IV.5. LÍMITES AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y TUTELA DEL OBLIGADO TRIBUTARIO IV.5.1. Los límites al intercambio de información IV.5.2. Derechos de participación del contribuyente en el intercambio de información IV.6. El MCOCDE frente al modelo de convenio de la ONU IV.6.1 El intercambio de información en el MCONU

IV.1 INTRODUCCIÓN

Como ya se señaló en capítulos anteriores, en un contexto globalizado como el actual resulta fundamental para los Estados obtener la información necesaria para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes que están sometidos a tributación por su renta mundial y que operan en el extranjero, debido a la creciente liberalización de los movimientos de capitales y la consecuente limitación o eliminación de los controles nacionales, junto a la relajación en los controles de cambio.

Esta nueva y creciente capacidad para operar a escala mundial ha

conducido a una situación en la que "resulta ineludible que las diferentes Administraciones Tributarias vengan dotadas de medios para ser tan globales como los propios contribuyentes a los que debe controlar"⁵²¹. Dadas las actuales circunstancias de grave crisis internacional, existe un amplio consenso en lo referente a la necesidad de aumentar de forma efectiva los niveles de transparencia y de intercambio de información entre los países, para tratar de resolver algunas de las lagunas financieras que se han puesto de manifiesto. Así pues, en este contexto, resulta indispensable la asistencia mutua entre Administraciones tributarias de distintos países, que sean capaces de recabar la información en el ámbito interno de su país y cedérsela a Administraciones de terceros países.

El intercambio de información constituye probablemente la modalidad más operativa de la asistencia mutua, y ha experimentado una evolución paralela a la que, en intensidad y frecuencia, han tenido las propias relaciones económicas internacionales intensificándose de tal modo que han alcanzado cotas anteriormente desconocidas. Con el intercambio de información los países consiguen el doble objetivo de mantener la soberanía sobre sus propias bases tributarias y asegurar la correcta asignación de los derechos a la imposición con los países con los que firman convenios tributarios, eliminando el fraude fiscal que con frecuencia se sirve de las dificultades de obtención de información y las facilidades para ocultar bienes y rendimientos que conceden determinados territorios.

Otras circunstancias han colaborado a que el intercambio de información adquiera una relevancia fundamental, pues a la situación

⁵²¹ Vid. CALDERÓN CARRERO, J. M., "El intercambio de información entre Administraciones Tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa", en SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F. (dir.): Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario, op.cit.

actual se ha llegado por un cúmulo de circunstancias que han desencadenado una serie de decisiones políticas, fiscales y económicas que hacen que el intercambio de información tenga hoy día un papel estelar. Desde que estalló la crisis financiera, que ha afectado en mayor o menor medida a todas las economías del mundo, existe un consenso internacional en la necesidad de incrementar la lucha contra los paraísos fiscales, aumentando de forma considerable los niveles de transparencia y de intercambio de información entre los países para tratar de resolver los problemas que la crisis ha puesto de evidencia.

Determinados Organismos Internacionales han jugado un papel destacado en este proceso, participando en la formulación de propuestas, elaboración de informes y en la toma de decisiones que han contribuido de una forma definitiva a la consolidación del papel que actualmente desarrolla el intercambio de información. Entre todos ellos destaca el papel llevado a cabo por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que siempre se ha caracterizado por su intensa y efectiva implicación en lograr una adecuada colaboración y cooperación no sólo entre sus miembros, sino también entre éstos y otras jurisdicciones o Estados. Se trata fundamentalmente de instrumentos bilaterales, entre los que destaca la celebración de convenios para evitar la doble imposición, aunque también existen otros instrumentos con carácter multilateral, tales como la “Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal” celebrada entre los Estados Miembros del Consejo de Europa y los países Miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

Cabe destacar el papel llevado a cabo por el Comité de Asuntos Fiscales en muy diversos trabajos y documentos, entre los que destaca la redacción del art. 26 MCOUDE y sus comentarios, que han sido objeto de varias modificaciones durante los últimos años, así como en la elaboración del Modelo de Acuerdo sobre el intercambio de información en materia

tributaria y sus Comentarios⁵²², que tiene su origen en el informe de la OCDE de 1998 “Competencia fiscal perniciosa: un problema global emergente”. Entre otras actuaciones llevadas a cabo por el Comité de Asuntos Fiscales también cabe señalar la publicación del "Manual para la puesta en práctica de las Disposiciones relativas al intercambio de información con fines fiscales" dirigido a los funcionarios responsables de poner en práctica el intercambio de información⁵²³, y documentos como las diversas “Recomendaciones” de la OCDE sobre aspectos tales como "formatos magnéticos estandarizados", "números de identificación fiscal", "Modelos de Memorando de entendimientos", etc. destinados a mejorar la eficacia y facilitar la práctica de los intercambios automáticos de información. Algunos autores⁵²⁴ señalan a los informes que desde 1998 ha elaborado el Foro sobre Competencia Fiscal Perjudicial de la OCDE (a los que se ha hecho referencia en capítulos anteriores) como el “trabajo estrella” del Comité de Asuntos Fiscales de la Organización.

El Informe de progreso 2001 supuso un cambio de enfoque en los trabajos de la OCDE sobre competencia fiscal perniciosa, pasando a ser lo relevante a la hora de ser considerado o no paraíso fiscal no cooperativo el criterio del intercambio de información. A partir de este informe, todos los trabajos de la OCDE en materia de lucha contra la competencia fiscal perjudicial están orientados hacia el intercambio de información⁵²⁵.

⁵²² www.oecd.org/taxation

⁵²³ OCDE, *Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for tax Purposes*, OECD Publishing, París, 2006, pág. 3. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/16/23/36647823.pdf>.

⁵²⁴ MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A., “Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales”, op. cit., pág. 5.

⁵²⁵ MERINO ESPINOSA, M. del P. y NOCETE CORREA, F. J., “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español”, *Documentos IEF*, núm. 6/2011, IEF.

Fue en el marco de la OCDE donde se creó en el año 2000 el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, que reúne a países miembros y no miembros de la Organización y tiene por objetivo discutir los temas y el desarrollo de medidas para garantizar que dichos fines sean alcanzados, trabajando de manera conjunta para desarrollar los estándares internacionales para la transparencia y el intercambio de información en materia fiscal⁵²⁶. En su seno se han definido los estándares internacionales a alcanzar en materia de intercambio de información, es decir, las mínimas condiciones necesarias de transparencia que deben cumplir los distintos Estados para la consecución de unas reglas de juego equilibradas⁵²⁷ en el ámbito fiscal⁵²⁸. Estas reglas de juego equilibradas descansan sobre tres aspectos básicos:

- la generalización del suministro de información tributaria a solicitud de cualquier Estado, sin que el secreto bancario o la inexistencia de interés alguno en facilitarla por parte del Estado requerido puedan ser considerados motivo para rechazar la petición;

⁵²⁶ Integrado en la actualidad por 120 países en igualdad de condiciones, el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información reúne a las economías tanto de países miembros como no miembros de la OCDE, que se han comprometido en la transparencia y el intercambio de información.

⁵²⁷ “Level playing field”. Vid. OCDE, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for tax Purposes, Tax Co-operation 2009: Towards a Level Playing Field. 2009 Assessment*. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transparency/44429779.pdf>, OCDE, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for tax Purposes, Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field. 2009 Assessment*,. Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/tax-co-operation-2010_taxcoop-2010-en#page1 y OCDE, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for tax Purposes, Tax Transparency 2014 Report on Progress Global Forum on Transparency and Exchange of Information for tax Purposes*. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transparency/GFannualreport2014.pdf>

⁵²⁸ VALLEJO CHAMORRO, J. M., “La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y de la Unión Europea”, op.cit., págs. 154-155.

- el intercambio de toda aquella información previsiblemente relevante para la correcta aplicación del sistema tributario del Estado requirente;
- la confidencialidad de la información suministrada, a fin de proteger los derechos e intereses de los contribuyentes afectados⁵²⁹.

En este contexto, uno de los hitos más destacados de esta colaboración, fue el Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en materia Fiscal desarrollado en 2002⁵³⁰. Son de destacar, además, los trabajos de la OCDE en materia de mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios, que se han traducido en importante avances de aplicación⁵³¹, entre los que cabe resaltar la imposibilidad de abrir cuentas anónimas en ningún Estado miembro de la OCDE ya que todos aplican el requisito de identificación de los clientes de sus entidades bancarias.

No obstante, pese a los avances logrados y al hecho de que gran parte de los objetivos inicialmente planteados pueden considerarse logrados, no es esta materia una tarea que pueda entenderse agotada. Como objetivo inmediato se encuentra el conseguir la efectiva realización del intercambio requerido y, además, que el intercambio se produzca de un modo efectivo, pues no resulta suficiente que existan instrumentos jurídicos que regulen el intercambio, sino que tienen que producirse las necesarias mejoras en la normativa interna de los Estados que permitan la efectiva realización de los intercambios, ya que "no cabe plantearse seriamente la participación en sistemas de intercambio de información internacionales sin disponer,

⁵²⁹ MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal prejudicial, paraísos fiscales e intercambio de información tributaria", en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (Coords.), *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, op. cit., págs. 351-352.

⁵³⁰ www.oecd.org/taxation.

⁵³¹ OCDE, *Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios*, OECD Publications, París, 2000.

previamente, de un sólido sistema de información interno"⁵³².

Así pues los trabajos desarrollados por la OCDE se han traducido en una amplísima documentación, de la que citaremos aquí como instrumentos convencionales más destacables:

- El Modelo de Convenio.
- El modelo bilateral y multilateral de Acuerdo de intercambio de información, y
- El Convenio en materia de asistencia administrativa mutua en materias fiscales entre el Consejo de Europa y la OCDE.

IV.2 EL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE Y SUS COMENTARIOS

Los trabajos iniciados en 1956 por el Comité Fiscal con el propósito de establecer un Proyecto de Convenio que resolviera eficazmente los problemas de doble imposición, desembocó en la aprobación del “Proyecto de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio en el año 1963⁵³³”, y desde ese momento no han cesado los trabajos sobre el mismo que han dado lugar a las sucesivas versiones del mismo y de sus comentarios. De este modo hoy día podemos afirmar que el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición (MCOUDE) se ha convertido en el eje central de los trabajos de la OCDE en el ámbito fiscal. Este primer proyecto desembocaría en el Modelo de Convenio de la OCDE para eliminar la doble imposición internacional de 1977, actualizado de forma

⁵³² Vid. CRUZ AMORÓS, M., “El intercambio de información y el fraude fiscal”, *Información Comercial Española*, núm. 825, 2005, págs. 173 y ss.

⁵³³ Vid. párrafo 3 de la Introducción del propio Modelo de Convenio Fiscal.

periódica a partir de 1992⁵³⁴.

Así, desde 1992 el Modelo de Convenio –y fundamentalmente sus Comentarios– se ha modificado en 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008, 2010⁵³⁵, 2012⁵³⁶ y 2014⁵³⁷ permitiendo recoger en él el resultado y las conclusiones de los debates y estudios sobre materias específicas y puntos concretos que realiza de forma paralela la OCDE a través de sus grupos de trabajo especializados⁵³⁸. Finalmente, el día 15 de julio de 2014,

⁵³⁴ Sobre las críticas al formato actualizable del modelo de Convenio, vid. AULT, H. “The role of the OECD Commentaries in the interpretation of tax treaties” en ALPERT, H. y RAAD, K. (dir.), *Essays on International Taxation: Essays on International Taxation: To Sidney I. Roberts, With Esteem and Affection from the Participating Authors and the Partners of Roberts*, Kluwert Law and Taxation Publishers, Boston, 1993, pág. 62-68.

⁵³⁵ La actualización se realizó el 22 de julio de 2010. En <http://www.oecd.org/fr/ctp/conventions/47213777.pdf> (en francés, consultado el 13 de septiembre de 2011).

Los cambios más significativos de actualización al Modelo de Convenio incluyen:

- la sustitución del Artículo 7 (beneficios empresariales) y de su comentario, por un nuevo enfoque con relación a la atribución de ganancias a establecimientos permanentes;

- nuevas disposiciones con relación a la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición, respecto de ingresos derivados de vehículos de inversión colectiva;

- la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición a entidades estatales;

- cuestiones vinculadas con operaciones de telecomunicaciones;

- la aplicación del Artículo 15 (rentas del trabajo en relación de dependencia) a empleados que trabajan por períodos exiguos en un país extranjero.

⁵³⁶ El 17 de julio de 2012 se aprueba una nueva modificación del art. 26 del MCOCDE.

⁵³⁷ OCDE, *La Mise à Jour 2014 du Modèle de Convention Fiscale de L'OCDE*, OECD Publications, París, 15 de julio de 2014. Disponible en <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/mise-a-jour-2014-convention-fiscale.pdf>

⁵³⁸ Estas actualizaciones y modificaciones periódicas sin necesidad de proceder a

el Consejo de la OCDE aprobó la actualización de 2014 del Modelo de Convenio Fiscal⁵³⁹, que incluye cambios en el artículo 26 y sus comentarios respecto a en que circunstancias un requerimiento de información constituye una "fishing expedition", pero no incluye ningún resultado de los trabajos en curso sobre el Plan de Acción para la erosión de la base tributaria y la transferencia de beneficios (BEPS). Se consigue así que se plasmen en propuestas interpretativas de los Convenios de doble imposición y de su relación con las normas internas antiabuso existentes⁵⁴⁰. Pero todos los esfuerzos invertidos en esta tarea se han visto recompensados con la extensa implantación de esta Modelo, que inspira la mayoría de Convenios celebrados con posterioridad y que de forma mayoritaria incluyen una cláusula de intercambio de información entre los contratantes⁵⁴¹.

La actualización periódica de los Modelos de Convenio⁵⁴² genera el problema de decidir la incidencia que dichas actualizaciones tienen sobre los Convenios existentes, y especialmente si dichas actualizaciones pueden ser tenidas en cuenta como criterio relevante en la interpretación y aplicación de la red de Convenios de doble imposición firmados con

una revisión completa es lo que se conoce como "modelo dinámico". Vid. párrafo 9 de la Introducción del propio Modelo de Convenio Fiscal

⁵³⁹ OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 15 de julio de 2014.

⁵⁴⁰ En este sentido ver los comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio en relación con la aplicación de las normas internas anti-abuso frente al Convenio.

⁵⁴¹ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., "El intercambio de información entre Administraciones Tributarias en el marco de la OCDE", *Cuadernos de Formación*, vol. 4/2007. pág. 7 y ss.

⁵⁴² Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A., "Los Comentarios al MCOCDE; su incidencia en el sistema de fuentes del derecho tributario y sobre los derechos de los contribuyentes", *Carta Tributaria, Monografías*, núm. 20, 2003.

anterioridad a la aprobación de dicha actualización⁵⁴³.

Esta estrategia de actualización permanente del Modelo para conseguir que su contenido se adapte a los cambios de la realidad económica y financiera genera también nuevos problemas jurídicos, puesto que los propios cambios que se pretenden afrontar adaptando el contenido de los Convenios de doble imposición ponen de manifiesto la rigidez y la dificultad de adaptación de estos a esta realidad cambiante. Con la evolución de los mismos, los Comentarios que los acompañan se convierten en una guía interpretativa a efecto de determinar el sentido de los términos y reglas fijadas en el Modelo de Convenio en el momento de la aplicación de los Convenios de doble imposición. La OCDE recomienda a los países miembros seguir los criterios fijados en el Modelo de Convenio actualizado en la medida de lo posible a los efectos de aplicar e interpretar la red de Convenios fiscales que forman parte de su ordenamiento jurídico⁵⁴⁴.

La referencia que se hace en los Comentarios del Modelo de Convenio a que se tenga en cuenta la versión última disponible de los mismos a la hora de su interpretación ha sido denominada por un sector doctrinal como

⁵⁴³ GARCÍA PRATS, F. A., “Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”, *Crónica tributaria*, núm. 133, 2009, pág. 108.

⁵⁴⁴ Así se recoge en el párrafo 3 de la Introducción del propio Modelo de Convenio Fiscal; “Conforme a las recomendaciones del Consejo de la OCDE, cuando los países miembros firmen nuevos Convenios bilaterales o revisen los existentes, deberán ajustarse a este Convenio Modelo, tal como lo interpretan los Comentarios al mismo y teniendo en cuenta las reservas que comprende. Además, cuando sus autoridades fiscales apliquen e interpreten las disposiciones de los respectivos convenios tributarios bilaterales basados en el Convenio Modelo, deberían seguir dichos Comentarios, tal como resulten de sus modificaciones periódicas, y sujetos a sus respectivas observaciones”.

“interpretación dinámica de los Convenios”⁵⁴⁵. Esto suscita numerosas dudas en la doctrina, si bien desde la STS de 29 de julio de 2000⁵⁴⁶ que afirma que *“la Administración española está incuestionablemente obligada a respetar la interpretación auténtica, acordada en el seno de la OCDE, puesto que no ha formulado reserva alguna”*⁵⁴⁷ la jurisprudencia española reconoce y ampara la interpretación dinámica de los Convenios pues, como señala la STS de 11 de junio de 2008⁵⁴⁸ los países integrantes *“expresamente reconocen la vigencia interpretativa de tales comentarios en relación con cualesquiera de los tratados fiscales que hubieran sido firmados con anterioridad”*. El TS, en la Sentencia de 15/7/2002, ante la invocación a los Comentarios por parte de la sociedad belga recurrente como fuente de interpretación para determinar el alcance del artículo 24 MCOCDE, respondió que *“por muy respetable que sean los criterios de interpretación de los Convenios Modelo por la OCDE, y su estimación como elemento interpretativo auténtico y necesario según los Convenios de Viena sobre interpretación de los Tratados, lo que no cabe la menor duda a la Sala es que tales criterios de interpretación no constituyen*

⁵⁴⁵ Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Los Comentarios al MCOCDE; su incidencia en el sistema de fuentes del derecho tributario y sobre los derechos de los contribuyentes”, *Carta Tributaria*, núm. 20/2003, págs. 1-19.

⁵⁴⁶ RJ 2001, 919, FD SEPTIMO. La idea de una interpretación auténtica también se expresó en una decisión del TS, en aplicación del TDI Hispano-Francés, que asumía por tal la definición de cánones del tratado Sentencia del TS de 11/06/1997 RJ 1997, 4818, FD PRIMERO.

⁵⁴⁷ Algunos CDI firmados por España restringen la interpretación temporal, como es el caso del CDI con Costa Rica, que señala en la disposición I del Protocolo: *“I. Sin perjuicio del contenido de este Protocolo, las disposiciones de este Convenio se interpretarán de acuerdo a los comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE, en su edición de 2003”*, lo que según CALDERÓN CARRERO conferiría la fuerza de hard law al clásico instrumento de soft law. CALDERÓN CARRERO: “Spain's first tax treaty with Costa Rica”, *Tax Notes International*, vol.35, núm. 4, 2004, pág. 349.

⁵⁴⁸ RJ 2008, 4568, FD SEGUNDO.

normas cuya infracción pueda dar paso al recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, ...”.

Según CALDERÓN CARRERO, *“La posición del TS español adolece de varios defectos, el más grave, quizás, sea considerar que los Comentarios al ModCDI vinculan a la Administración tributaria española”*, ya que, entre otros motivos, los Comentarios *“tampoco son normas con fuerza jurídica vinculante”*⁵⁴⁹, opinión compartida por ZORNOSA, que señala que esta postura *“no es ni mucho menos compartido por la doctrina y jurisprudencia comparadas, que reconocen la autoridad de las interpretaciones que en ellos se refleja, pero les niegan valor jurídico vinculante, sobre todo cuando se trata de CDI firmados con anterioridad a la aprobación de los Comentarios por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE”*⁵⁵⁰. Distintos pronunciamientos administrativos también sobreestiman el valor de los comentarios, llegando el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) a atribuirles el valor de Derecho comparado⁵⁵¹. El mismo órgano llega a admitir, en un mismo Convenio (CDI Hispano-Holandés), la interpretación dinámica⁵⁵² y a rechazarla en lo relativo a otro concepto⁵⁵³

⁵⁴⁹ CALDERÓN CARRERO, J.M., en CARMONA MÉNDEZ, N. (coord.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, 2008, pág. 67.

⁵⁵⁰ ZORNOSA PÉREZ, J. J., Interpretación y aplicación de las normas en el contexto del Derecho tributario internacional, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 800, Pamplona, 2010, pág. 1.

⁵⁵¹ Resolución del TEAC de 29/09/1993, considerando 8, y Resolución del TEAC de 30/04/1996, considerando 8.

⁵⁵² Resolución del TEAC de 8/09/2000, FD QUINTO.

⁵⁵³ Resolución del TEAC de 20/10/1992, considerando 6. En el caso concreto de las rentas de los artistas considera que los comentarios efectuaban no una mera matización del convenio, sino que introducían una cláusula anti-elusión que el propio TDI no contiene. En el mismo sentido Resolución del TEAC de 6/11/1996, FD QUINTO y

Aunque los Comentarios no tienen el carácter vinculante que les otorgaría figurar como Anexos de los Convenios, en la práctica tienen una especial importancia en el desarrollo del Derecho Internacional Tributario, siendo objeto de permanente consulta e invocación por parte de las Administraciones Tributarias, contribuyentes y Tribunales de Justicia⁵⁵⁴. La adaptación de los Convenios de doble imposición pre-existentes mediante su interpretación de conformidad con los nuevos Comentarios⁵⁵⁵, ocasiona nuevos problemas de inseguridad jurídica⁵⁵⁶, y obliga a plantear la cuestión de la inserción y la posición jurídica que ocupan en el sistema de fuentes instrumentos ajenos al tradicional corpus iuris⁵⁵⁷.

Resolución del TEAC de 26/05/2000, FD QUINTO.

⁵⁵⁴ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., “El intercambio de información entre Administraciones Tributarias en el marco de la OCDE”, *Cuadernos de Formación*, vol. 4, 2007. pág. 9.

La influencia del soft law en la jurisprudencia europea es evidente, como demuestran las sentencias del TJUE Sentencia de 14 de febrero de 1995 (asunto C-279/93); Sentencia de 11 de agosto de 1995 (asunto C-80/94); Sentencia de 27 de junio de 1996 (Asunto C-107/94); Sentencia de 14 de septiembre de 1999 (Asunto C-391/97) y Sentencia de 1 de julio de 2004 (asunto C-169/03).

⁵⁵⁵ Lo que convertiría a los Modelos de Convenio y a sus Comentarios en soft law. En este sentido vid. GARCÍA PRATS, F. A., “Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”, op. cit., pág. 106.

⁵⁵⁶ “Ello supone que, por aplicación de la conocida regla que atribuye a las disposiciones aclaratorias el carácter de normas retroactivas, se consigue que estas modificaciones tengan alcance retroactivo con relación a la aplicación de los Convenios concluidos con anterioridad, afectando de forma evidente a la seguridad jurídica.” en GARCÍA NOVOA, C., “Derecho Tributario a las puertas del siglo XXI. Retos de futuro”, op.cit., pág. 33.

⁵⁵⁷ GARCÍA PRATS, F. A., “Cooperación administrativa internacional en materia tributaria. derecho tributario global”, Documentos IEF, núm. 3, 2007, pág. 7.

El posicionamiento de esta “fuente jurídica única” según VOGEL⁵⁵⁸ suscita controversias, y así autores como RIBES RIBES consideran que los comentarios forman parte del contexto de cada tratado⁵⁵⁹, otros, como DE JUAN, consideran que los comentarios representan la intención de los contratantes y por lo mismo determinan su interpretación⁵⁶⁰. Algunos autores como CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMENEZ señalan que son un claro ejemplo de soft law⁵⁶¹ o “derecho blando” que ha ido

⁵⁵⁸ VOGEL, K., “Der Kommentar der OECD zum Doppelbesteuerungs-Musterabkommen”, en DIETER C., DITTMANN, A., FECHNER, F. y GASSNER, U., *In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen...*”, Ducker & Humblot GmbH, Berlin, 2001, pg. 477.

⁵⁵⁹ RIBES RIBES, A., *Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional: Interpretación, Procedimiento Amistoso y Arbitraje*, EDESA, Madrid, 2003, pág. 80.

⁵⁶⁰ DE JUAN Y LEDESMA et al., “Spain: The tax treatment of software”, *European Taxation*, vol. 40, núm. 7, 2000, pág. 279.

⁵⁶¹ El término fue acuñado por McNAIR. No hay unanimidad acerca de la expresión, y son además diferentes las perspectivas desde las que se juzga. Es por todo ello que es necesario definir previamente el término cuando se vaya a emplear. Vid. MAZUELOS, A., “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pág. 38. Sobre las distintas acepciones del término vid. SERRANO ANTÓN, F., “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”, *Derecho PUCP*, núm. 72, 2014, págs. 52 y 53. Las características esenciales del soft law según THÜRER son:

1.- Generalmente expresa expectativas comunes referentes a conductas que se presentan en las relaciones internacionales -como lo es el caso de los precios de transferencia- y que habitualmente se presentan en el marco de las organizaciones internacionales.

2.- Es creado por sujetos del Derecho Internacional.

3.- Las reglas del Soft Law no han pasado, o no completamente a través de todas las etapas del procedimiento legislativo. Por lo tanto, no se originan en una fuente formal del Derecho y, por lo tanto, ello le resta fuerza obligatoria legal.

adquiriendo el status de semi-hard law o derecho impropio⁵⁶², mientras que otros como SERRANO ANTON sostienen que el MCOCDE y sus comentarios no son vinculantes legalmente pues la propia Introducción a los Comentarios al MCOCDE señala que *“si bien los Comentarios no están destinados en modo alguno a figurar como anexos a los convenios que se firmen por los países miembros, que son los únicos que constituyen instrumentos jurídicos obligatorios de carácter internacional, pueden, no obstante, ser de gran ayuda en la aplicación e interpretación de los convenios y, en particular, en la resolución de controversias”*⁵⁶³.

Como señala PRATS, el recurso a los comentarios y otras denominaciones provoca una crisis del principio de legalidad en materia tributaria y obliga a replantear el sistema de fuentes del derecho internacional, concluyendo que *“si la pretensión de dichas “normas blandas” consiste en orientar y coordinar la evolución de las normas internacionales y la aplicación de las normas internacionales en los diferentes Estados en los que resultan de exigibles, deberían impulsar su*

4.- A pesar de su calidad de no compromiso, el Soft Law se caracteriza por su proximidad al Derecho Internacional y por encima de esto por su capacidad de producir ciertos efectos legales.

En THÜRER D., “Soft Law”, en WOLFRUM, R. (Dir.), *Encyclopaedia of Public International Law*, Vol. IV, Elsevier, Ámsterdam, 2000, pág. 454.

⁵⁶² CALDERÓN CARRERO, J. M. Y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., “Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos e interpretación”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, 2012, pág. 74 Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*, Kluwer Law, Londres, 1999.

⁵⁶³ SERRANO ANTÓN, F “La modificación del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las partnerships”, *Documentos*, IEF, núm. 5, 2002, pág. 10.

*formulación conforme a mecanismos que garantizaran un mínimo exigible de legitimidad, cuidando la representatividad del foro que las emite en relación con la comunidad internacional en la que van a resultar observadas”*⁵⁶⁴.

Sobre la admisión de la interpretación dinámica en la jurisprudencia internacional no existe consenso pues se han producido en ambos sentidos. Así, mientras algunos tribunales han rechazado la aplicación retroactiva de los comentarios, como la Sentencia de la Corte Federal USA de 14 de noviembre de 2003 (caso National Westminster Bank), otros la han aceptado, como en la Sentencia del Tribunal Supremo noruego de 29 de abril de 1997 (caso Alphawell).

En la doctrina tampoco existe un consenso sobre la admisión de la interpretación dinámica, y mientras algunos autores se muestran partidarios de la interpretación de los Convenios conforme a los últimos comentarios elaborados por la OCDE⁵⁶⁵ otros, como SERRANO ANTÓN, defienden una interpretación estática de los mismos conforme a los comentarios vigentes en el momento de su conclusión⁵⁶⁶ por lo que cualquier modificación posterior sólo podrían tener valor, como expresión de la opinión del Comité de Asuntos Fiscales, en cuanto no contradiga el contenido de los comentarios anteriores⁵⁶⁷. La aceptación de esta

⁵⁶⁴ GARCÍA PRATS, F. A., “Cooperación administrativa internacional en materia tributaria. derecho tributario global”, op.cit., pág. 8.

⁵⁶⁵ AVERY JONES, J., “The effect of changes in the OECD Commentaries after a treaty is concluded”, *Bulletin Tax Treaty Monitor*, núm. 3, 2002, págs. 103 y ss.

⁵⁶⁶ SERRANO ANTÓN, F., “La modificación del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las partnerships”, op. cit., págs. 11 y 32.

⁵⁶⁷ VOGEL, K., “Der Kommentar der OECD zum Doppelbesteuerungs-

interpretación carece de soporte jurídico, y señala SERRANO ANTÓN que “los cambios efectuados en los Comentarios pueden ser tenidos en cuenta al interpretar y aplicar convenios, pero con muchas reservas, en particular cuando se aplican sobre CDIs concluidos antes de su adopción”, considerando además que, si se atribuye un valor interpretativo a los comentarios, es necesario determinar si los comentarios posteriores a la celebración de un CDI clarifican o alteran el CDI, en cuyo caso únicamente serían aplicables a CDI’s posteriores, o si simplemente se trata de mejorar la redacción o de aproximar las versiones de los dos idiomas oficiales, en cuyo caso “parece que no habría problema en aceptar la teoría dinámica”⁵⁶⁸.

La importancia del MCOCDE en el ámbito del intercambio de información se pone de manifiesto en el hecho de que en la actualidad la mayor parte de las normas internacionales para el intercambio de información en vigor están previstas en los Convenios para evitar la Doble Imposición de la Renta celebrados entre los países, las cuales, en la mayoría de los casos, siguen el artículo 26 del MCOCDE ya que, aunque el Modelo no sea jurídicamente vinculante, contiene las obligaciones mínimas de transparencia e intercambio de información que deben cumplir los paraísos fiscales cooperativos a los efectos de no sufrir o soportar medidas defensivas por parte de los Estados miembros de la OCDE, lo que ha dado lugar a la firma de un buen número de acuerdos bilaterales específicos⁵⁶⁹.

Musterabkommen”, op. cit., págs. 486 y ss.

⁵⁶⁸ SERRANO ANTÓN, F., “La modificación del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las partnerships”, op. cit., pág. 11.

⁵⁶⁹ Tax information exchange agreement (TIEA). En este sentido vid. BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., “Intercambio de información internacional”, en CORDÓN EZQUERRO,

De este modo el MCOCDE consolida el estándar de transparencia e intercambio de información a efectos del proyecto de la OCDE sobre competencia fiscal perjudicial, habiéndose incorporado dicho estándar en el Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición a partir de 2005 con la consiguiente extensión de su ámbito de aplicación más allá de los límites inicialmente previstos⁵⁷⁰.

IV.2.1 ART. 26 DEL MCOCDE: LA CLÁUSULA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Como se ha señalado, el Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición fue el primer modelo de instrumento jurídico que regula de forma general los intercambios de información entre Administraciones Tributarias al incluir en su articulado el artículo 26 sobre el intercambio de información tributaria. No obstante conviene resaltar que la intención inicial de la inclusión de este artículo 26 en la versión de 1963 era la utilización del intercambio de información como un instrumento al servicio del fin más amplio de evitar la doble imposición. Así pues, su finalidad inicial era ser usada para poder determinar y concretar los hechos que pueden dar lugar a tales supuestos de doble imposición, normalizando y garantizando la situación fiscal de los contribuyentes que efectúan operaciones económicas que caen dentro del ámbito de la soberanía fiscal de otros países.

Pero pronto esta finalidad inicial superó los límites previstos al observarse que la asistencia mutua entre países no sólo era necesaria para evitar la doble imposición internacional, sino que también era necesaria para poder aplicar la legislación interna de cada Estado sobre las

T. (Dir.): *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, op.cit., Madrid, pág. 1214.

⁵⁷⁰ CALDERÓN CARRERO, J. M., "Intercambio de información y asistencia mutua", en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Coord.): *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, op.cit., pág. 786.

operaciones realizadas en territorio extranjero, y sobre las que se carece de la información precisa, pero que entran en el ámbito de su soberanía fiscal. De este modo se identifica una doble finalidad del intercambio de información que se puede resumir en la correcta aplicación de los tributos que integran un determinado ordenamiento tributario, por una parte, y la lucha contra el fraude y la evasión fiscal por otra⁵⁷¹

El artículo 26 del Modelo fue objeto de modificación en 2010 para hacerle consistente con el Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información aprobado por la OCDE en abril de 2002, así como para incorporar los últimos desarrollos de las prácticas internacionales en materia de intercambio de información⁵⁷². La última de estas

⁵⁷¹ Vid. MARTÍNEZ GINER, L. A., La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados, Madrid, Iustel, 2008, pág. 28.

⁵⁷² Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, versión abreviada 22 de julio de 2010

Artículo 26 Intercambio de Información

1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales en la medida en que la imposición prevista en la misma no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no vendrá limitado por los artículos 1 y 2.

2. La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 será mantenida secreta de la misma forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación con los mismos o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines. Podrán desvelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.

modificaciones al texto del artículo se realizó el 17 de Julio de 2012⁵⁷³, incorporándose al Modelo de Convenio en julio de 2014⁵⁷⁴. En ella se modifica el apartado 2 en el sentido de permitir la utilización de la información recibida para otros fines siempre que la legislación de los

3. En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante;

b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado contratante;

c) suministrar información que revele secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.

4. Si un Estado contratante solicita información conforme al presente artículo, el otro Estado contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aun cuando ese otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tributarios. La obligación precedente está limitada por lo dispuesto en el apartado 3 siempre y cuando este apartado no sea interpretado para impedir a un Estado contratante proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés nacional en la misma.

5. En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona.

⁵⁷³ Vid. OCDE, *Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'ocde et du commentaire s'y rapportant*, 17 de Julio de 2012. Disponible en http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/120718_Article%2026-FR.pdf (consultado el 3 de abril de 2013)

⁵⁷⁴ OCDE, *La Mise à Jour 2014 du Modèle de Convention Fiscale de L'OCDE*, OECD Publications, París, 15 de julio de 2014, op.cit.

Estados contratantes así lo permita y el Estado que proporciona la información autorice esta utilización⁵⁷⁵. Esta opción ya se preveía en el párrafo 12.3 de los anteriores Comentarios⁵⁷⁶. De este modo el intercambio de información resulta aplicable a efectos de comprobación y liquidación de tributos (incluso a efectos penales tributarios), en materia de recaudación y, por mor de esta adición al apartado 2 del art. 26, a otros fines no tributarios.

Recientemente se han producido avances en los límites al intercambio de información que plantea el secreto bancario con la eliminación de reservas sobre el mismo. La obligación legal de suministrar información se excepciona en contadas ocasiones tal y como se refleja en los apartados 3 a 5 del artículo 26 MCOCDE⁵⁷⁷, quedando en tales circunstancias eximidas las partes contratantes de suministrar la información solicitada.

Si bien existen distintas causas que pueden alegarse para declinar el suministro de información, existen igualmente algunos motivos en los que

⁵⁷⁵ 2. Les renseignements reçus en vertu du paragraphe 1 par un État contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet État et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts mentionnés au paragraphe 1, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts, par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts, ou par le contrôle de ce qui précède. Ces personnes ou autorités n'utilisent ces renseignements qu'à ces fins. Elles peuvent révéler ces renseignements au cours d'audiences publiques de tribunaux ou dans des jugements. Nonobstant ce qui précède, les renseignements reçus par un État contractant peuvent être utilisés à d'autres fins lorsque cette possibilité résulte des lois des deux États et lorsque l'autorité compétente de l'État qui fournit les renseignements autorise cette utilisation.

⁵⁷⁶ Vid.párrafo 4.3 de los Comentarios de la Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'ocde et du commentaire s'y rapportant, 2012, op.cit.

⁵⁷⁷ También en el artículo 7 del Modelo de Acuerdo. "Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters", disponible en www.oecd.org/taxation.

no puede sustentarse dicha negativa a facilitar los datos requeridos, de entre los que destaca el secreto bancario. Tanto el MCOCDE como el Modelo de Acuerdo establecen claramente que el secreto bancario no puede ser alegado como justificación para declinar el suministro de información al amparo de los límites del art. 26.3 MCOCDE. Conforme a las últimas actualizaciones y modificaciones del art. 26 MCOCDE, el secreto bancario ya no supone un límite, tal y como establece el art. 26.5 MCOCDE. Algunos autores incluso se atreven a afirmar que mediante esta nueva redacción se articula, de forma implícita, un auténtico mecanismo de acceso a la información bancaria, al tiempo que dicho nuevo apartado supera las debilidades de la anterior redacción del MCOCDE frente a las prácticas nacionales que reivindicaban la más absoluta confidencialidad de la información bancaria⁵⁷⁸.

Esta modificación limita su efectividad a los convenios de doble imposición suscritos sobre la base del MCOCDE en la redacción dada al mismo a partir de la versión de 2005, si bien continuará representando un límite al intercambio de información respecto de aquellos otros convenios suscritos con anterioridad, salvo que se admita la interpretación dinámica del convenio en cuestión⁵⁷⁹. No obstante, dado que el MCOCDE ni tiene naturaleza normativa ni puede imponerse al propio articulado del convenio, dicho límite podrá seguir vigente cuando se establezca expresamente en un convenio suscrito entre varios Estados, o cuando se

⁵⁷⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El artículo 26 MC OCDE 2000: La cláusula de intercambio de información”, en RUIZ GARCÍA, J. R. y CALDERÓN CARRERO, J. M. (Coords): *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, Coruña, 2004, pág. 1227.

⁵⁷⁹ MERINO ESPINOSA, M. P. y NOCETE CORREA, F. J., “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses”, *Crónica Tributaria*, núm. 139/2011, pág. 139-163.

haya formulado una reserva al citado precepto por alguno de los Estados firmantes del convenio.

En marzo de 2009 Austria, Bélgica, Suiza y Luxemburgo notifican a la OCDE la eliminación de las reservas al art. 26 MCOCDE por ellos introducidas⁵⁸⁰, desapareciendo en la versión de 22 de julio de 2010 la totalidad de las reservas formuladas a las disposiciones de este artículo⁵⁸¹, por lo que en la actualidad no opera como límite puesto que todos los países de la OCDE aceptan el contenido del art. 26 en su totalidad.

De acuerdo con el texto del artículo 26 MCOCDE y los comentarios de la OCDE sobre el mismo, el procedimiento de intercambio de información podría alcanzar a sujetos pasivos no residentes fiscalmente en los Estados contratantes y utilizarse en relación con impuestos no cubiertos por el Convenio para evitar la doble imposición⁵⁸², por lo que resulta compatible

⁵⁸⁰ Junto a otros países no miembros de la OCDE que expresaron reservas y también las retiraron (Brasil, Chile, Tailandia). Vid OCDE, *Promoting Transparency and Exchange of Information For Tax Purposes*, Background Information Brief, 19 de enero de 2010, pág. 10. Disponible en <http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf>

⁵⁸¹ OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version), 22 de julio de 2010, pág. 410.

⁵⁸² Comentario al art. 26 MC OCDE 10.1. Con anterioridad a 2000 el apartado únicamente autorizaba el intercambio de información y la utilización de la información intercambiada en relación con los impuestos comprendidos en el ámbito del Convenio, conforme a los principios generales del artículo 2. Con esa redacción el apartado no obligaba al Estado requerido a dar cumplimiento a las solicitudes de información relativas a la aplicación de un impuesto sobre las ventas dado que dicho impuesto no estaba recogido en el ámbito del Convenio. Posteriormente se corrigió el apartado de forma que el intercambio de información fuera aplicable a cualquier impuesto exigido por un Estado contratante, por sus subdivisiones políticas o por sus autoridades locales, y para permitir el uso de la información intercambiada a los efectos de la aplicación de dichos impuestos. No obstante, algunos Estados contratantes pueden no estar en situación de intercambiar información relacionada con impuestos no comprendidos en

con otros Acuerdos o Convenios entre los Estados contratantes relativos a materias fiscales específicas: Aduanas, IVA o similares.

En los Comentarios se establece que el intercambio de información puede llevarse a cabo previa solicitud, de forma espontánea o de manera automática⁵⁸³, aunque se centran casi en exclusiva en los intercambio de información previa petición siguiendo con la estrategia seguida hasta fechas recientes por la OCDE, orientada a promover y mejorar la efectividad del intercambio de información a solicitud previa, habida cuenta de las dificultades, fundamentalmente de orden político, que conlleva el intercambio automático de información⁵⁸⁴. Las principales notas características de estas tres modalidades son las siguientes:

a) Mediante requerimiento, una vez agotadas las fuentes ordinarias de información disponibles internamente. Esta restricción es determinante, y conviene tenerla muy en cuenta para validar la regularidad del procedimiento. Generalmente, la información solicitada se refiere al examen, consulta o investigación de las obligaciones tributarias de un contribuyente durante unos determinados períodos tributarios⁵⁸⁵. El

el ámbito del Convenio según los principios generales del artículo 2, o de utilizar la obtenida de un Estado cosignatario. Tales Estados tienen plena libertad para restringir el ámbito del apartado 1 del artículo 26 a los impuestos comprendidos en el Convenio.

⁵⁸³ Vid.párrafo 9 de los Comentarios de la Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'ocde et du commentaire s'y rapportant, op. cit.

⁵⁸⁴ Sobre los Convenios firmados por España que contemplan algún tipo de intercambio automático de información vid. HORTALÁ VALLVÉ, J., *Comentarios a la red española de convenios de Doble Imposición*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 801.

⁵⁸⁵ OCDE, "Módulo 1 - El intercambio de información previa petición", *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios*, Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, 23 de enero de 2006, pág. 2. Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/41814353.pdf>

intercambio de información previa petición se puede dividir en varias etapas o pasos, para cada una de las cuales en el Manual se proporcionan recomendaciones para su ejecución.

Paso 1: Preparación y envío de una petición

Paso 2: Recepción y verificación de una petición

Paso 3: Recopilación de la información solicitada

Paso 4: Respuesta a la petición

Paso 5: Información de retorno

b) Automático. El intercambio automático o sistemático de información supone la transmisión masiva de información de contribuyentes, de forma sistemática y periódica por el país de la fuente al país de residencia, en relación con diversas categorías de renta u otros tipos de información que pueden resultar útiles, tales como cambios de residencia, la compra o la disposición de bienes inmuebles, devoluciones de IVA, etc.

El sustento legal para el intercambio automático de información lo puede constituir el artículo sobre intercambio de información de un convenio tributario de doble imposición o el artículo sobre intercambio de información de un instrumento de asistencia mutua, aunque también se puede dar el caso de que dos países puedan celebrar un acuerdo para casos especiales o un protocolo de acuerdo, estableciendo los términos y condiciones del intercambio automático que se proponen realizar y la información que habrá de ser objeto de intercambio automático⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ OCDE, “Módulo 3. El intercambio automático (o sistemático) de información”, *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios*, Comité de Asuntos Fiscales, 23 de enero de 2006, pág.4.

c) Espontáneo. Cuando un Estado proporciona a otro datos que supone pueden ser de interés para el otro Estado contratante, y que no hayan sido previamente solicitados. Debido a su naturaleza, el intercambio espontáneo de información depende de la participación y cooperación activa de los funcionarios tributarios locales. La información proporcionada espontáneamente es muy eficaz, por cuanto que afecta a datos detectados y seleccionados por funcionarios tributarios del país que los envía en el curso de una investigación tributaria⁵⁸⁷.

El manual recoge una serie de supuestos en los que resulta conveniente proceder a un intercambio espontáneo de información:

1.- cuando haya razones para sospechar que puede haber una pérdida significativa de impuestos en otro país;

2.- cuando existan pagos efectuados a residentes de otro país y se sospeche que no han sido declarados;

3.- cuando una persona sujeta a tributación obtenga una reducción o una exención de impuestos en un país que pudiera dar origen a un incremento en las cargas fiscales que deban ser gravadas en otro país;

4.- cuando los acuerdos comerciales entre una persona sujeta a tributación en un país y otra persona sujeta a tributación en otro país se realicen a través de uno o más países de tal manera que pueda resultar un ahorro fiscal en uno de estos países o en ambos;

Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/41814449.pdf>

⁵⁸⁷ OCDE, "Módulo 2 - El intercambio espontáneo de información", *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios*, Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, 23 de enero de 2006. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/41814387.pdf>

pág.3.

5.- cuando un país tenga motivos para sospechar que de las transferencias artificiales de beneficios dentro de los grupos empresariales puede resultar un ahorro fiscal; y

6.- cuando exista la probabilidad de que otros contribuyentes estén sirviéndose de un esquema particular de elusión o evasión tributaria.

Las tres modalidades pueden combinarse entre sí o con otras técnicas para obtener información, como comprobaciones paralelas y simultáneas en los dos Estados, comprobaciones en el otro Estado contratante o intercambios de información sectoriales sin referencia a contribuyentes individualizados. En definitiva, la forma en la cual el intercambio de información será finalmente efectuado, se decidirá por las Autoridades Competentes de los Estados contratantes.

Un aspecto fundamental del intercambio de información internacional lo constituye la obligación de las Administraciones tributarias de los distintos países involucrados de garantizar el secreto de la información recibida en igual medida que la información obtenida en el ámbito interno. La información así obtenida únicamente podrá ser utilizada por los órganos administrativos relacionados con la gestión, inspección o recaudación de tributos del país receptor de la misma, así como a los órganos de supervisión de los anteriores, y al propio contribuyente. El apartado 3 del artículo 26 recoge los siguientes límites al principio general de intercambio de información:

1.- Cuando la obtención de información suponga adoptar medidas contrarias a las leyes o prácticas administrativas nacionales.

2.- Cuando la información solicitada no pueda obtenerse de acuerdo con las leyes del Estado requerido.

3.- Cuando el proporcionar la información suponga la revelación de secretos comerciales, financieros, industriales o profesionales o procesos industriales, o si el suministro de la información fuese contrario al orden

público.

Además, cualquier estado puede denegar el suministro de información cuando la normativa interna del país solicitante prohíba su obtención o suministro. Sin embargo el apartado 4 del art. 26⁵⁸⁸ se encarga de precisar que el hecho de que el Estado requerido no necesite de la información que se le solicita para la aplicación de sus tributos, no le exime de la obligación de atender el requerimiento.

Y es en el apartado nº 5 en el que se contempla el intercambio de información en relación con el secreto bancario⁵⁸⁹, señalando que ningún Estado contratante podrá denegar el suministro de la información solicitada por el simple hecho de que ésta se encuentre en poder de poder de bancos u otras instituciones financieras. La redacción de este apartado conforme a la actualización y modificación del articulado llevada a cabo en la versión del MCOCDE de fecha 17 de julio de 2008⁵⁹⁰ motivó las reservas introducidas por Austria, Bélgica, Suiza y Luxemburgo al art. 26 MCOCDE a las que anteriormente se hizo referencia.

Aunque los Convenios suscritos por España designan como autoridad competente al Ministerio de Economía y Hacienda, las normas de delegación interna⁵⁹¹ atribuyen estas competencias al órgano competente

⁵⁸⁸ Aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales el 1 de junio de 2004

⁵⁸⁹ “5. En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona.”

⁵⁹⁰ OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, 17 de julio de 2008.

⁵⁹¹ Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre, por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a la normativa

308

de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, donde se llevan a cabo por la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF). Las competencias se encuentran centralizadas en este órgano a nivel estatal, careciendo las autonomías de cualquier competencia en este ámbito. Entre los distintos tipos de intercambio señalados, hoy día son los generados previa solicitud los más extendidos, si bien la tendencia en los últimos años es tratar de conseguir la mayor automatización posible en los intercambios⁵⁹².

Respecto a la ejecución de los intercambios, en la práctica se observa una dilación -en muchos casos de difícil justificación- en el cumplimiento de los requerimientos de información practicados. La inexistencia de plazos máximos establecidos en los CDI provoca una dilación generalizada en el cumplimiento de las peticiones de aportación de información⁵⁹³, y en numerosas ocasiones los datos no llegan nunca o lo hacen de forma incompleta. Las consecuencias negativas de tales comportamientos se verían atemperadas si se admitieran -respecto a la prescripción- la extensión del ámbito temporal de aplicación del art. 26 a ejercicios

comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre. Mediante este Real Decreto se incorpora al derecho español la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE.

⁵⁹² BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a Dolores. “La colaboración entre Administraciones Tributarias: El intercambio de información”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 2^a ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2004.

⁵⁹³ El Reglamento de la Inspección de los Tributos configura, como circunstancia de interrupción justificada del plazo de duración de las actuaciones inspectoras, la petición de datos o informes a otros Estados, sin que la interrupción por este concepto pueda exceder de doce meses.

iniciados a la firma del CDI o incluso ya prescritos⁵⁹⁴. Incluso ciertos autores en principios reacios a la retroactividad del artículo, admiten la retroactividad del mismo, señalando que “El art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece la presunción de irretroactividad que se excepciona en dos casos: a) cuando el convenio establece expresamente la retroactividad, y b) cuando la retroactividad pueda deducirse del propio contexto de disposición convencional de que se trate”⁵⁹⁵. La propia OCDE, a través de su Comité de Asuntos Fiscales se ha posicionado, en el párrafo 10.3 de los Comentarios al art. 26 MCOCDE, a favor de la posibilidad de que dicho artículo pueda emplearse para articular intercambios retroactivos.⁵⁹⁶

El artículo 26 prevé la obligación de intercambiar información que pueda considerarse previsiblemente relevante⁵⁹⁷, es decir, se exige que exista una probabilidad razonable de que la información sea necesaria para la correcta aplicación de un convenio en materia fiscal, así como también a efectos de la gestión y aplicación de las leyes tributarias nacionales de los Estados contratantes. En los comentarios de esta última modificación se procede a aclarar algunos aspectos relativos al concepto “relevancia

⁵⁹⁴ ROSEMBUJ, T., Intercambio internacional de información tributaria, op.cit., págs. 103 a 110.

⁵⁹⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El control del fraude fiscal internacional a través del intercambio de información”, op.cit., pág 14

⁵⁹⁶ MERINO ESPINOSA, M. P. y NOCETE CORREA, F. J., “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses”, *Crónica Tributaria*, núm. 139, 2011, pág. 146, y en CALDERÓN CARRERO, J. M., “Intercambio de información y asistencia mutua”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, op. cit., pág. 656.

⁵⁹⁷ Esta expresión se introdujo en la versión 2008 del artículo 26 MCOCDE, pues anteriormente aparecía el término “relevante”. Asimismo, el Convenio conjunto de la OCDE y el Consejo de Europa en su art. 4.1 utiliza la expresión “previsiblemente relevante”.

previsible”⁵⁹⁸, destacando el hecho de que una vez motivada la solicitud de información por parte del Estado solicitante, el Estado requerido no podrá oponerse a la misma cuestionando su pertinencia. No obstante ello no implica que los países puedan realizar lo que se conoce como “fishing expeditions”, es decir solicitudes especulativas de información que no guardan relación con una investigación en curso, ni tampoco solicitar cualquier tipo de información si ésta es altamente probable que no resulte relevante a efectos fiscales. A efectos de demostrar la previsible relevancia, en el caso de requerimientos que se refieran a grupos de contribuyentes no identificados se exigen una serie de requisitos que deben cumplir los Estados requirentes en sus solicitudes de información⁵⁹⁹.

En ningún caso se podrá considerar “fishing expedition” una solicitud de información por el simple hecho de no incluir el nombre o la dirección, o ambos datos, del contribuyente objeto de investigación, ni siquiera si cualquiera de ellas se ha escrito de forma diferente. Cuando no se incluya en el requerimiento el nombre o la dirección, el Estado requirente deberá proporcionar otros datos que permitan la identificación del contribuyente⁶⁰⁰. De acuerdo con el texto del artículo 26 y los comentarios de la OCDE sobre el mismo, el procedimiento de intercambio de información podría alcanzar a sujetos pasivos no residentes fiscalmente en los Estados contratantes y utilizarse en relación con impuestos no cubiertos por el Convenio para evitar la doble imposición. No obstante, el procedimiento es compatible con otros Acuerdos o Convenios entre los Estados contratantes relativos a materias fiscales específicas: Aduanas, IVA, o similares, lo que resulta de gran importancia en el ámbito de la

⁵⁹⁸ Vid. párrafo 5 de los Comentarios de OCDE, *La Mise à Jour 2014 du Modèle de Convention Fiscale de L’OCDE*, OECD Publications, París, 15 de julio de 2014, op.cit.

⁵⁹⁹ Vid. párrafo 5.2 de los Comentarios de OCDE, *La Mise à Jour 2014 du Modèle de Convention Fiscale de L’OCDE*, OECD Publications, París, 15 de julio de 2014, op.cit.

⁶⁰⁰ Vid. párrafo 5.1 de los Comentarios de OCDE, *La Mise à Jour 2014 du Modèle de Convention Fiscale de L’OCDE*, OECD Publications, París, 15 de julio de 2014, op.cit.

Unión Europea.

El Estado solicitante no sólo deberá motivar la relevancia de la información solicitada sino que para proceder a su solicitud deberá haber agotado previamente todos los medios que su normativa interna le permita⁶⁰¹, salvo que ello supusiera incurrir en dificultades o esfuerzos desproporcionados.

La modificación del artículo 26 del MCOCDE de 2012 conlleva la modificación de los Comentarios para establecer que el Estado requerido deberá cumplir con su obligación de obtener y remitir la información solicitada aún si existieran limitaciones impuestas por su legislación fiscal interna, como por ejemplo en caso de información sobre ejercicios prescritos, aunque no queda obligado a cumplirla en el caso de haberse superado el plazo legalmente establecido para la conservación de documentos y contabilidad⁶⁰², y recomienda a los Estados miembros establecer un plazo mínimo de cinco años para la conservación de documentos.

En los Comentarios del artículo 26 actualizados en 2012⁶⁰³ se introduce una novedad respecto al suministro de la información solicitada, al contemplar la posibilidad de añadir un apartado sexto al artículo 26 de los Convenios en el que se establece un plazo máximo para remitir la información solicitada de dos meses, si la información demandada ya se encuentra en poder del Estado requerido, y de seis meses en los casos restantes. Este plazo se aplicaría en caso de no llegar a un acuerdo las

⁶⁰¹ Es lo que se conoce como "exhaustion rule".

⁶⁰² Vid. párrafo 19.7 de los Comentarios de OCDE, *La Mise à Jour 2014 du Modèle de Convention Fiscale de L'OCDE*, OECD Publications, París, 15 de julio de 2014, op.cit.

⁶⁰³ Vid. párrafos 10.4 a 10.6 de los Comentarios de OCDE, *La Mise à Jour 2014 du Modèle de Convention Fiscale de L'OCDE*, OECD Publications, París, 15 de julio de 2014, op.cit.

partes contratantes acerca de plazos superiores o inferiores al genéricamente establecido. Si por impedimentos legales un Estado contratante no pudiera cumplir con los plazos anteriormente mencionados en ningún caso su comportamiento se consideraría incumplimiento del Convenio⁶⁰⁴.

En la actualización de julio de 2005 se introdujeron dos nuevos apartados, 4 y 5, en el art. 26. El apartado 4 establece que un Estado no puede denegar una solicitud de información únicamente por que no sean necesarios para sus propios fines fiscales⁶⁰⁵, tal como se recogía en el informe “Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios”⁶⁰⁶.

El apartado 5 señala que tampoco puede denegarse por el mero hecho de hallarse ésta en manos de un banco u otra institución financiera, es decir, que el secreto bancario no sería incompatible con las disposiciones del artículo 26.5 puesto que su existencia no impediría el intercambio de información. La inclusión de este apartado supuso la incorporación al MCOCDE de lo dispuesto en el Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria⁶⁰⁷ y en las recomendaciones contenidas a este respecto en el informe “Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios” del año 2000⁶⁰⁸, que recomienda que todos los

⁶⁰⁴ Vid.párrafo 5 de OCDE, *La Mise à Jour 2014 du Modèle de Convention Fiscale de L’OCDE*, OECD Publications, París, 15 de julio de 2014, op.cit.

⁶⁰⁵ El concepto de “interés doméstico tributario” se refiere a la posibilidad de que un Estado proporcione información únicamente si ésta tiene un interés para sus propios fines tributarios.

⁶⁰⁶ Párrafo 21.b) del informe OCDE, *Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios*, op.cit.

⁶⁰⁷ Art. 5.4.a) del Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE de 18 de abril de 2002.

⁶⁰⁸ Vid. párrafo 5 de los Comentarios de la Mise à jour de l’article 26 du modèle de

Estados miembros permitan a las autoridades fiscales el acceso a la información bancaria de forma directa o indirecta, comprometiéndose a un intercambio de información efectivo⁶⁰⁹. Entre las novedades más relevantes por lo que respecta al principio de reciprocidad los Comentarios a la revisión del artículo 26 introducen una importante novedad de cara a su posible aplicación al secreto bancario, estableciendo que se aplicará el principio de reciprocidad cuando un Estado contratante reúna y remita información bancaria aplicando medidas no previstas normalmente en su legislación o su práctica administrativa, de modo que este Estado queda habilitado para solicitar información de naturaleza similar al otro Estado contratante⁶¹⁰.

Por último señalar que en los Comentarios al artículo 26 actualizado, se recogen una serie de cuestiones, en su mayoría de orden práctico, que tienen, una enorme trascendencia en las actuaciones concretas y reales de intercambios entre Estados contratantes, entre las que destaca que a las modalidades de intercambio existentes se añade una mención a la posibilidad de utilizarlas de un modo combinado, así como el reconocimiento y descripción de otros medios para obtener información⁶¹¹.

convention fiscale de l'ocde et du commentaire s'y rapportant, op. cit.

⁶⁰⁹ Párrafo 20 del informe OCDE, Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios, op. cit.

⁶¹⁰ Vid.párrafo 15 de OCDE, *La Mise à Jour 2014 du Modèle de Convention Fiscale de L'OCDE*, OECD Publications, París, 15 de julio de 2014, op.cit.

⁶¹¹ Estas técnicas se describen con detalle en OCDE, *Tax Information Exchange between OECD Member Countries: A Survey of Current Practices*, OECD Publications, París, 28 de marzo de 1994.

IV.3 EL MODELO DE ACUERDO DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE LA OCDE.

La labor de la OCDE en relación al Modelo de Convenio de doble imposición no ha sido la única que se han llevado a cabo en esta materia sino que también hay que destacar el Modelo de Acuerdo para intercambio de datos en materia tributaria y sus Comentarios, aprobado en 2002⁶¹². Los Acuerdos de Intercambio de Información (en adelante AII), son otro de los instrumentos normativos, junto al artículo 26 del MCOCDE, para establecer los cauces a seguir para el intercambio de información, mediante los que dos o más Estados se comprometen a prestarse asistencia en el intercambio de información en materia fiscal.

En 1998, la OCDE publicó el informe “Competencia Fiscal Perjudicial: Un Problema Global Emergente”⁶¹³, que define el concepto de paraíso fiscal, y se centra en el problema de las jurisdicciones no cooperantes en la lucha contra el fraude fiscal (al que siguieron dos Informes de progreso en los años 2000 y 2001⁶¹⁴). Posteriormente, en el año 2000, se publica el

⁶¹² www.oecd.org/taxation.

⁶¹³ OCDE, *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue* de 28 de abril de 1998, OECD Publications, París, 2000. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>

⁶¹⁴ Se trata de los siguientes informes:

- Progreso en la identificación y eliminación de prácticas fiscales perjudiciales del junio de 2000 (Towards Global Tax Cooperation. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices), OECD Publications, París, 2000. <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430257.pdf>

- El Proyecto OCDE sobre competencia fiscal perjudicial. Informe de progreso 2001 de julio de 2001 (The OECD's Project on Harmful Tax Practices. The 2001 Progress Report), OECD Publications, París, 2001. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/harmful/2664450.pdf>

Informe “Mejora del acceso a la información bancaria con fines fiscales”⁶¹⁵, que pone de relieve el problema que el secreto bancario supone para la cooperación internacional en el ámbito de los requerimientos de información fiscal, propugnando su retirada y el acceso a la información bancaria con fines fiscales⁶¹⁶. En el Informe de Progreso del año 2000 se recogía una lista con 35 jurisdicciones extraterritoriales⁶¹⁷ que planeaba incluir en una lista de paraísos fiscales no cooperativos a menos que se comprometieran a realizar las modificaciones legislativas necesarias para dejar de ser paraísos fiscales antes del 31 de diciembre de 2005⁶¹⁸. La inclusión en dicha lista implicaba soportar las medidas sancionadoras o defensivas que pudieran adoptar los países de la OCDE.

A partir del año 2001 se produce un giro radical en el enfoque de los trabajos en esta materia por parte de la OCDE, que le llevó a centrar la atención en el intercambio de información y la transparencia de los sistemas tributarios como factores decisivos en la identificación de los paraísos fiscales. El motivo hay que buscarlo en la nueva Administración USA surgida de las elecciones del 2000, que condicionó su colaboración en los trabajos de la OCDE para luchar contra la competencia fiscal

Suprime el criterio de estanqueidad, con lo que para excluir una jurisdicción de la lista de paraísos fiscales no cooperativos se consideraba suficiente con asumir el compromiso de modificar los respectivos sistemas fiscales mediante la adopción de medidas que garantizaran la transparencia y contribuyesen al efectivo intercambio de información.

⁶¹⁵ OCDE, *Améliorer l’Accès aux Renseignements Bancaires a des Fins Fiscales*, op. cit.

⁶¹⁶ En 2005 se integró en el artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE.

⁶¹⁷ Como se comentó anteriormente, el Informe de progreso del 2000 no consideró que ninguno de sus miembros pudiera ser calificado de paraíso fiscal, por lo que elaboró a su vez una lista de regímenes fiscales perjudiciales de los Estados miembros, que incluía una lista de 47 medidas consideradas potencialmente perjudiciales.

⁶¹⁸ Suiza, junto a Luxemburgo, se abstuvo.

perniciosa a la modificación de la política seguida hasta entonces, ya que entendía que cada Estado es soberano para determinar el nivel de tributación y la organización de su sistema tributario, si bien tiene que ser transparente y facilitar la información necesaria para que los demás Estados puedan gravar a aquellos de sus residentes que decidan invertir en dichas zonas de baja o nula tributación⁶¹⁹.

Una vez tomado este nuevo rumbo se procede a crear un Grupo de Trabajo dentro del Foro Global de la OCDE sobre Intercambio Efectivo de Información⁶²⁰, que tenía encomendada la misión de desarrollar un instrumento que sirviera de base legal para el intercambio de información cuyos elementos inspiradores principales fueron:

1. La necesidad de diseñar y establecer un procedimiento concreto de intercambio de información para expedientes civiles y penales sobre contenidos tributarios.

2. La imposibilidad de mantener y alegar el principio de interés doméstico, de forma que la información solicitada debe proporcionarse aunque el país requerido no tenga interés en obtener dicha información.

3. La necesidad de garantizar de algún modo el acceso a la información en disposición de bancos, entidades financieras, instituciones fiduciarias, etcétera.

4. La necesidad de garantizar la defensa de los intereses legítimos de los

⁶¹⁹ Vid. MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A., “Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales”, op. cit., págs. 7 y 8 y VALLEJO CHAMORRO, J. M., “La competencia fiscal”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.): *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. I, 3ª edición, op.cit., págs. 231-323.

⁶²⁰ El “OECD Global Forum Working Group on Effective Exchange of Information” en inglés. En el Grupo de Trabajo no sólo estuvieron los países miembros, sino también Aruba, Bermudas, Bahréin, Islas Caimán, Chipre, Isla de Man, Malta, Mauricio, Antillas Holandesas, Seychelles y San Marino,

contribuyentes, y que la información intercambiada tenga la consideración y el tratamiento exigido por la confidencialidad que debe caracterizar a la misma.

5. La necesidad de evitar las peticiones de información genéricas o aquellas que no resulten realmente necesarias y relevantes para la Administración requirente.

Finalmente publicó su Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información tributaria (MAOCDE) el 18 de abril de 2002⁶²¹, con lo que se consiguió superar algunos límites del artículo 26 del Modelo de Convenio, como el hecho de que el Estado requerido, en virtud del artículo 26 de un CDI, no tiene la obligación de adoptar medidas para modificar sus leyes o sus prácticas administrativas para proporcionar información que no pueda obtener en base a su norma interna. Los Acuerdos de intercambio suscritos hasta la fecha, se apoyan en su totalidad en este Modelo, aunque el contenido concreto dependerá de los términos finalmente acordados por las partes.

Se trata de un Modelo, y como tal es negociable entre las partes, que pretende servir de base para el intercambio de información tributaria entre los firmantes en cualquiera de sus dos versiones, bilateral o multilateral, y que, sin ser jurídicamente vinculante⁶²², resulta determinante por contener las obligaciones mínimas de transparencia e intercambio de información que deben cumplir los paraísos fiscales cooperativos a los efectos de no sufrir o soportar medidas defensivas por parte de los Estados miembros de la OCDE⁶²³, lo que ha sido causa de numerosas firmas de este tipo de

⁶²¹ En español en <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/37975122.pdf>.

⁶²² En este sentido se trata de un ejemplo de “soft law”.

⁶²³ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Intercambio de información y asistencia mutua”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Coord.): *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, op.cit., pág. 786; y también BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., 318

acuerdos bilaterales⁶²⁴.

El Modelo de Acuerdo se inspira en los estándares mejorados de cooperación que a lo largo de los años ha puesto de manifiesto la aplicación del Modelo de Convenio y sus Comentarios, por lo que siguen básicamente la filosofía y las líneas del mismo, aunque también incorpora la experiencia derivada de otros instrumentos tales como Directivas y Reglamentos europeos⁶²⁵. Al contrario que el Modelo de Convenio, el Acuerdo se concibe al margen de la problemática de la doble imposición, siendo su única finalidad asegurar un intercambio efectivo información que tenga un interés previsible para la aplicación y ejecución de las normas tributarias de los Estados contratantes con respecto a los impuestos comprendidos en el Acuerdo. A este respecto el Modelo de Acuerdo se refiere a los Impuestos sobre la renta, sobre el patrimonio y sobre sucesiones y donaciones⁶²⁶, si bien prevé la posibilidad de extenderse a los Impuestos indirectos si así lo acuerdan las partes⁶²⁷. Se prevé que el alcance del intercambio de aquella información que previsiblemente pueda resultar de interés para la administración y la aplicación de su Derecho interno sea lo más amplio posible⁶²⁸, aunque no se admiten las peticiones de información que no tengan un nexo con una investigación abierta. El criterio de interés previsible tiene como finalidad establecer un intercambio de información tributaria tan amplio como sea posible pero

“Intercambio de información internacional”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.): *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, 3ª ed., op.cit., pág. 1214.

⁶²⁴ Tax information exchange agreements (TIEA's)

⁶²⁵ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, Mª D., “El intercambio de información entre Administraciones Tributarias en el marco de la OCDE”, *Cuadernos de Formación*, vol. 4/2007, pág. 17.

⁶²⁶ Art. 3.1 del Modelo de Acuerdo OCDE.

⁶²⁷ Art. 3.2 del Modelo de Acuerdo OCDE.

⁶²⁸ Art. 1 del Modelo de Acuerdo OCDE.

evitando solicitar información que tenga pocas probabilidades de resultar significativa con respecto a la situación fiscal de un determinado contribuyente. El Modelo elimina el principio de doble incriminación en materia penal, de modo que el intercambio de información ha de producirse independientemente de si se trata de asuntos de naturaleza civil o penal y de su calificación en cada territorio contratante.

Al contrario que el Modelo de Convenio, el Acuerdo no regula la utilización de las tres modalidades de intercambio de información reconocidas por aquel⁶²⁹, centrándose exclusivamente en la regulación detallada y específica de una de ellas, el intercambio previa petición, aunque añade la posibilidad que representantes de un Estado estén presentes en las inspecciones fiscales que se lleven a cabo en el otro Estado contratante⁶³⁰. Por ello, será necesario que previamente haya habido una petición singularizada de la otra parte contratante, quedando excluidas los requerimientos de información indiscriminados de carácter genérico que no hagan referencia a un obligado tributario o particular (fishing expeditions). Esta ausencia de intercambio automático de información “tiene una enorme trascendencia limitando en buena medida las posibilidades de control de inversiones de cartera o de rendimientos de capital en áreas de baja tributación”⁶³¹, si bien las partes contratantes pueden acordar ampliar su cooperación, incluyendo la posibilidad de realizar intercambios automáticos o espontáneos, intercambiando información mediante comprobaciones fiscales simultáneas o con la visita de representantes autorizados de las autoridades competentes.

⁶²⁹ Vid. párrafo 9 de los Comentarios de OCDE, *Mise à jour de l’article 26 du modèle de convention fiscale de l’ocde et du commentaire s’y rapportant*, op. cit.

⁶³⁰ Art. 6 del Modelo de Acuerdo OCDE

⁶³¹ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Intercambio de información y asistencia mutua”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Coord.): *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, op.cit., p. 787.

Las partes contratantes deben garantizar que sus autoridades son competentes para obtener y proporcionar información, de manera directa o indirecta⁶³², que obre en poder de terceros, ya sean bancos, instituciones financieras o cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria, así como información relativa a la identidad de titulares o beneficiarios, o a la propiedad directa o indirecta de sociedades, trusts, sociedades personalistas, fideicomisos, fundaciones, cadenas de propietarios, o a la participación en la titularidad, de manera que el secreto bancario no resulte incompatible con el efectivo intercambio de información⁶³³. Es decir los contratantes se comprometen a intercambiar información aún cuando exista una norma interna que ampare el secreto bancario, aunque no mediante un intercambio masivo de información sino que cada Estado levantará su secreto bancario cuando, existiendo indicios de fraude, se le requiera información de esta naturaleza.

El ámbito subjetivo del Modelo de Acuerdo es muy amplio, pudiendo afectar a todas las personas o entidades, con independencia de si son o no residentes en el país, o de si tienen o no personalidad jurídica, reconociéndoles la aplicación de sus derechos y garantías siempre que no impidan el intercambio. Así pues, la obligación de proporcionar información no queda condicionada por la residencia o la nacionalidad de la persona ni por la de la persona bajo cuyo control o en cuya posesión se halla la información solicitada, aunque el Estado requerido no estará obligado a facilitarla cuando la información, obrando en su poder, se den las circunstancias descritas en el artículo 7⁶³⁴. Respecto al modo de obtención de la información vendrá determinado por la normativa interna de los respectivos Estados contratantes⁶³⁵. A este respecto resulta de suma

⁶³² Párrafo 48 de los Comentarios al Modelo de Acuerdo OCDE

⁶³³ Art. 5.4 del Modelo de Acuerdo OCDE.

⁶³⁴ Párrafo 7 de los Comentarios al Modelo de Acuerdo OCDE.

⁶³⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M., Intercambio de información y fraude fiscal

importancia la obligación establecida en el Modelo de Acuerdo para los Estados contratantes de aprobar la legislación necesaria para cumplir y dar efecto a los términos del Acuerdo, impidiendo además la introducción de toda legislación que resulte contraria a las obligaciones sobre suministro de información establecidas en el mismo⁶³⁶.

El art. 2 del Modelo de Acuerdo establece el ámbito jurisdiccional del mismo señalando que la obligación de proporcionar información se limita a aquella que obre en poder de sus autoridades o que esté en posesión o bajo el control de personas localizadas en su jurisdicción territorial, de modo que el Estado requerido no se encuentra obligado a facilitar aquella información localizada fuera de su ámbito jurisdiccional⁶³⁷, exigiendo también que se hayan agotado todos los recursos que permita la normativa interna del país solicitante antes de proceder a su solicitud⁶³⁸.

Aunque en un principio en los Tratados rige el principio de irretroactividad y se establece que los intercambios se efectuarán a partir de su entrada en vigor sobre información posterior a la misma, en los Comentarios al artículo 15 se establece que las partes contratantes podrán fijar una fecha de efectividad anterior⁶³⁹ así como solicitar y entregar información anterior a la entrada en vigor siempre y cuando esté

internacional, CEF, 2000, pág. 106.

⁶³⁶ Art. 10 del Modelo de Acuerdo OCDE.

⁶³⁷ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., "El intercambio de información entre Administraciones tributarias en el marco de la OCDE", op. cit., pág. 17.

⁶³⁸ Se conoce como "regla del último recurso" o "last resort mechanism".

⁶³⁹ Párrafo 113 de los Comentarios al Modelo de Acuerdo OCDE.

relacionada con hechos imponible o ejercicios fiscales posteriores⁶⁴⁰, aunque en ningún caso un Estado podrá entregarla sobre obligaciones fiscales ya prescritas, salvo en caso de que ésta ya obre en su poder⁶⁴¹.

En el aspecto del desarrollo práctico de los intercambios el Modelo contiene algunas precisiones de gran importancia, como el establecimiento de diversas formas de entrega de la información tales como “las declaraciones de testigos y la solicitud de copias autenticada de documentos originales”⁶⁴², de la información mínima que debe proporcionar la parte requirente a la parte requerida a la hora de formular un requerimiento⁶⁴³, de la posibilidad de acordar el reparto de los costes de la obtención de información⁶⁴⁴ y de los plazos para comunicar a la requirente posibles defectos en la solicitud o la imposibilidad o negativa a atenderla⁶⁴⁵.

La obligación de intercambio de información que prevé el MAOCDE cesa en las mismas circunstancias que las establecidas en el MCOCDE y

⁶⁴⁰ Párrafo 114 de los Comentarios al Modelo de Acuerdo OCDE. En relación con la posible retroactividad de los Tratados vid. BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., “El intercambio de información entre Administraciones tributarias en el marco de la OCDE”, op. cit., pág. 12.

⁶⁴¹ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El procedimiento de intercambio de información establecido en los convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op. cit., pág. 1282.

⁶⁴² Art. 5.3 del Modelo de Acuerdo OCDE.

⁶⁴³ Art. 5.5 del Modelo de Acuerdo OCDE.

⁶⁴⁴ Art. 9 del Modelo de Acuerdo OCDE. Los Comentarios a este artículo establecen como regla general que los costes derivados de actuaciones se asuman por la parte requerida cuando deriven de la práctica habitual de su administración, aunque admite otras posibilidades tales como la de acordar tarifas en las que se tengan en cuenta el volumen de trabajo es necesario para cada tipo de requerimiento.

⁶⁴⁵ Art. 5.6 del Modelo de Acuerdo OCDE.

en algunas otras que éste no contempla⁶⁴⁶, si bien no obligan a un Estado a rechazar una solicitud⁶⁴⁷. Se trataría en este caso, según CALDERÓN CARRERO de intercambios discrecionales en los que concurren simultáneamente todos los presupuestos necesarios para dotar al requerimiento de información de carácter obligatorio y otro que excluye dicha obligatoriedad pero que no impide que se realice el intercambio dentro del marco del Acuerdo⁶⁴⁸.

El MAOCDE ha sido objeto de críticas por parte de algunos autores respecto a que la protección de los sujetos a quienes les afecta el procedimiento de intercambio de información, (tanto en el MAOCDE como en el MCOCDE) resulta algo deficiente, pues consideran que no se ha llegado a un consenso internacional en relación al nivel de protección legal que ha de darse a los sujetos afectados por los Acuerdos, ya que ambos encomiendan la regulación de los derechos y garantías del contribuyente a la normativa interna de los Estados participantes, sin establecer una regulación propia que asegure una regulación homogénea a nivel internacional⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., “El intercambio de información entre Administraciones tributarias en el marco de la OCDE”, *Cuadernos de Formación*, vol. 4, 2007, pág. 18.

⁶⁴⁷ VÉGH, P. G., “Towards a better exchange of information”, *European Taxation*, vol. 42, núm. 9, 2002, pág. 396.

⁶⁴⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El procedimiento de intercambio de información establecido en los convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op. cit., pág. 1275.

⁶⁴⁹ GARCÍA PRATS, F. A., “Cooperación administrativa internacional en materia tributaria. Derecho tributario global”, op. cit., pág. 12.

IV.4 EL CONVENIO CONJUNTO DEL CONSEJO DE EUROPA Y DE LA OCDE SOBRE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA TRIBUTARIA

A diferencia de lo que ocurre con los Convenios para evitar la doble imposición internacional, existen experiencias a nivel internacional que demuestran la idoneidad de los Convenios Internacionales de carácter Multilateral en materia de asistencia administrativa interestatal. La principal característica que distingue estos Convenios Multilaterales de las soluciones adoptadas por los MCOCDE y MCONU consiste en el establecimiento de un marco legal más amplio y de mayor alcance para la obtención de información, cubriendo incluso la cooperación en materia de recaudación impositiva.

Los esfuerzos de la OCDE para favorecer un efectivo intercambio de información no se limitan a los países miembros, pues ya se señaló anteriormente que también se referían a las relaciones entre estos y otras jurisdicciones. Además de instrumentos bilaterales, como el MCOCDE y el MAOCDE, también ha diseñado otros instrumentos normativos en materia de intercambio de información de carácter multilateral que tienen su mejor ejemplo en el Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria⁶⁵⁰ (Convenio Consejo-OCDE). Con el se pretendió superar el modelo de Convenios bilaterales para adaptarse a la nueva realidad económica mundial tratando de conseguir una cooperación internacional más eficaz entre un gran número de Estados uniformando la aplicación e interpretación de las

⁶⁵⁰OCDE y CONSEJO DE EUROPA, *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters. Amended by the 2010 Protocol*, OECD Publishing, París, 2011. Disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en

disposiciones en materia de colaboración fiscal. El Convenio Consejo-OCDE fue desarrollado conjuntamente por ambas instituciones, abierto a la firma de los Estados miembros el 25 de enero de 1988 y entró en vigor el 1 de abril de 1995 respecto de Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Estados Unidos. Fue firmado por España el 12 de noviembre de 2009 y sus disposiciones entraron en vigor el 1 de diciembre de 2010⁶⁵¹.

Entre las limitaciones del Convenio de 1988 se encuentra la de que no permitía el intercambio de información que estuviera en posesión de bancos e instituciones financieras de los Estados, ni señalaba que la falta de un interés fiscal interno por parte del Estado requerido no lo eximía de proporcionar la asistencia. Todas esas limitaciones le restaron utilidad al Convenio, orillando a los Estados a adoptar las medidas de intercambio de información en Convenios bilaterales. En línea con las peticiones del G-20, el Convenio se revisó en 2010 sobre la base del Comentario al Artículo 26 del MCOCDE mediante un Protocolo que entró en vigor el 1 de Junio de 2011, con la intención principal de alinearla con la norma acordada a nivel internacional sobre transparencia e intercambio de información⁶⁵² y abrirla a Estados no pertenecientes a la OCDE o al Consejo de Europa⁶⁵³. El Convenio se redactó conjuntamente con países no miembros de la OCDE en el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, incluyéndose en el Artículo 26 del MCOCDE⁶⁵⁴. En este

⁶⁵¹ BOE de 8 de noviembre de 2010.

⁶⁵² En el sentido de establecer que el secreto bancario y el requisito de interés fiscal interno no puedan impedir el intercambio de información para efectos fiscales.

⁶⁵³ El texto actualizado con las disposiciones del Protocolo en español se encuentra disponible en <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48094024.pdf> (último acceso 22 de mayo de 2014)

⁶⁵⁴ OCDE y CONSEJO DE EUROPA, Protocol amending the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (Protocolo de enmienda al Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal), OECD Publications, París, 2010. Disponible en http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2010_Protocol_

sentido el Protocolo modificó sustancialmente el texto del artículo 21 del Convenio, para incluir la posibilidad de otorgar asistencia incluso cuando el Estado requerido no necesite de tal información para sus propios fines fiscales. En la línea de impedir que el secreto bancario constituya un impedimento para que las autoridades fiscales accedan a información sobre los contribuyentes, la modificación de la redacción del artículo 21 también recoge la imposibilidad de que el Estado requerido pueda negarse a proporcionar información únicamente porque la misma se encuentre en poder de un banco, institución financiera, agente o persona que actúe como agente fiduciario, o porque se relaciona con los derechos de propiedad de una persona

Este Protocolo de enmienda del Convenio fue abierto a la firma de los Estados el 27 de mayo de 2010, entró en vigor el primero de Junio 2011 y fue ratificado por España el 9 de agosto de 2012⁶⁵⁵. La ratificación incluye una Declaración previa para el caso de que el Protocolo se aplique a Gibraltar, haciendo mención expresa de la consideración que tiene para España este “territorio no autónomo” en proceso de descolonización, y considerando en cualquier caso que éste ejerce competencias exclusivamente internas por atribución del Reino Unido como Estado soberano del que depende⁶⁵⁶. Suiza firmó el Acuerdo modificado por el Protocolo de enmienda el 15 de octubre de 2013.

El comité de expertos elaboró un Informe Explicativo de la Convención, que fue aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, a fin de facilitar la comprensión de sus disposiciones, pero que en ningún caso puede considerarse una interpretación autorizada del texto del Convenio,

Amending_the_Convention.pdf

⁶⁵⁵ BOE de 16 de noviembre de 2012.

⁶⁵⁶ En Julio de 2013 Gibraltar, a través de su Ministro principal, solicitó por escrito al primer ministro británico que el Convenio se extienda a este territorio, donde entró en vigor a principios de 2014.

aunque puede contribuir a facilitar la comprensión de las disposiciones que contiene el Convenio. El texto del Informe Explicativo se modificó en 2010⁶⁵⁷, tras la aprobación del Protocolo, sobre la base del Comentario al Artículo 26 del MCOCDE, entendiéndose que el Convenio modificado sigue la línea del MCOCDE 2008 y que por tanto deberá ser interpretado conforme al Comentario a dicho artículo.

Con respecto al proceso de la adhesión a la Convención, los países que no pertenezcan a la OCDE o al Consejo de Europa, deben hacer una solicitud al depositario, el Secretario General de la OCDE, para ser invitados a firmar la Convención. La decisión de invitar a un país a firmar la Convención es tomada por consenso por las partes a través del Órgano Coordinador. Para tomar esta decisión, las partes deben tomar en cuenta, entre otras cosas, las normas de confidencialidad y las prácticas del país en cuestión.

El Convenio tiene como objetivo la lucha contra el fraude y la evasión fiscal sin perder de vista la adecuada defensa de los derechos de los contribuyentes⁶⁵⁸. Respecto de los impuestos comprendidos, el Convenio

⁶⁵⁷ Vid. OCDE, Text of the Revised Explanatory Report to the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters As Amended by Protocol (Texto del informe explicativo revisado de la convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal enmendada por protocolo), 2010. Disponible en http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Explanatory_Report_ENG_%2015_04_2010.pdf y en <http://www.oecd.org/dataoecd/22/1/48462535.pdf> (Último acceso 7 de diciembre de 2014).

⁶⁵⁸ Desde sus comienzos la Convención contó con la oposición de una coalición de multinacionales, asociaciones bancarias y de la Cámara de Comercio Internacional, que criticaron la escasa tutela de los derechos de los contribuyentes y manifestaron su preocupación por el otorgamiento de un poder a las Administraciones tributarias que entendían excesivo y falto de garantías para los contribuyentes contra posibles abusos. En este sentido vid. KOCHINKE, C.J.M. "International Chamber of Commerce Tears Up Draft Tax Convention", *International Enforcement Law Reporter*, vol. 2, núm. 8, Washington, USA, 1986, pág. 224 y GRAU RUIZ, M^a. A., "Avances Propuestos en la

alcanza a todas las modalidades de pagos que se efectúen coactivamente al gobierno, salvo los derechos arancelarios abarcando, aparte de los impuestos directos e indirectos ordinarios, un amplio repertorio de impuestos y contribuciones, estatales, regionales y locales, incluidas las contribuciones a la Seguridad Social⁶⁵⁹, comprendiendo todo tipo de actuaciones en el ámbito tributario, incluidas las judiciales, siempre que no estén cubiertas por las leyes penales.

Los Estados firmantes del Convenio⁶⁶⁰ quedan obligados a prestarse asistencia administrativa mutua en asuntos fiscales, abarcando el intercambio de información, la asistencia en la recaudación y la

Asistencia Mutua en Materia de Recaudación”, *Crónica Tributaria*, núm. 94, España, 2000, págs. 33-47

⁶⁵⁹ El listado de impuestos del Anexo A del Convenio contempla los siguientes conceptos: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR), Impuesto sobre Sociedades (IS), Impuesto sobre el Patrimonio (IP), Impuesto sobre el Incremento de Valor de los terrenos de Naturaleza Urbana, Impuesto de Actividades Económicas (IAE), Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), Impuesto General Indirecto Canario (IGIC), Arbitrio sobre Importaciones y Entregas de Mercancías en las Islas Canarias, Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación en las ciudades de Ceuta y Melilla, Impuesto sobre las Ventas minoristas de Determinados Hidrocarburos, Impuesto sobre las Primas de Seguros, Impuesto sobre la Cerveza, Impuesto sobre el Vino y Bebidas fermentadas, Impuestos sobre Productos intermedios, Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas derivadas, Impuesto sobre Hidrocarburos, Impuesto sobre los Labores del Tabaco, Impuesto sobre la Electricidad, Impuesto especial sobre Determinados Medios de Transporte, Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), Impuesto especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre Combustibles Derivados del Petróleo, Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras y las Contribuciones a la Seguridad Social pagadas al Gobierno o Instituciones de la Seguridad Social establecidas por ley.

⁶⁶⁰ La relación de jurisdicciones signatarias se encuentra disponible en inglés en http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

notificación y traslado de documentos. Existen ciertos límites a la prestación de esta asistencia que pretenden salvaguardar los derechos de los contribuyentes, estableciendo límites a la obligación de prestar asistencia e incluso recoge la posibilidad de rechazar solicitudes. Las partes firmantes quedan obligadas a proporcionar la información solicitada siempre que la persona física o jurídica afectada por la solicitud (independientemente de su residencia o nacionalidad) esté sujeta al pago de impuestos en el Estado solicitante y la información solicitada sea previsiblemente relevante para la administración o aplicación de su legislación fiscal interna⁶⁶¹.

El Convenio señala cinco métodos de intercambio de información:

1. Intercambio de información previa solicitud⁶⁶². Por requerimiento expreso de un Estado, se otorgará información relacionada con personas o transacciones específicas, de forma que no contempla las “fishing expeditions” en las solicitudes de intercambio de información. En caso de que la información obrante en los archivos fiscales del Estado requerido no sea suficiente para cumplir con el requerimiento, este Estado deberá tomar las medidas necesarias para obtener y proporcionar la información requerida.

2. Intercambio de información automático⁶⁶³ El intercambio automático se efectuará respecto a categorías de casos y de conformidad con los procedimientos determinados mediante acuerdo mutuo entre dos o más Estados. Normalmente la información intercambiada de manera automática es la relativa a un número considerable de casos del mismo tipo, referidos a pagos e impuestos retenidos en el Estado que proporciona la información y puede ser transmitida de manera rutinaria al otro Estado. El intercambio

⁶⁶¹ Art. 4 de la Convención.

⁶⁶² Art. 5 de la Convención.

⁶⁶³ Art. 6 de la Convención.

automático de información se configura como una opción que queda supeditada a la firma de un Acuerdo administrativo previo entre las partes.

3. Intercambio de información espontáneo⁶⁶⁴. Se refiere a la transmisión de información obrante en poder de un Estado que éste considera que podría ser de interés para el Estado receptor.

4. Auditoría fiscal simultánea. Relativa al suministro de información obtenida en el curso del análisis simultáneo por parte de cada Estado involucrado de la situación fiscal de una persona o personas en las cuales los Estados tienen un interés común o relacionado⁶⁶⁵. Para iniciarla la autoridad requirente informará a la/s otra/s sobre su selección de posibles casos a efecto de decidir si se realiza una auditoría simultánea del asunto y, en caso de que la decisión sea positiva, el plan de auditoría, que deberá comprender los impuestos a revisar y las fechas programadas para la auditoría por cada Estado. Una vez alcanzado un acuerdo, los funcionarios de cada Estado realizarán por separado sus auditorías dentro de su propia jurisdicción. Si las actuaciones simultáneas se refieren a empresas relacionadas, la responsabilidad de coordinar la auditoría y los intercambios de información normalmente recaerá en la autoridad competente del Estado donde se encuentre la empresa matriz⁶⁶⁶.

5. Auditoría fiscal en el extranjero⁶⁶⁷. En ocasiones la obtención de información requiere o aconseja la obtención de información mediante la presencia de representantes de la Administración tributaria del Estado requirente en una auditoría fiscal realizada en el Estado requerido. Este tipo de auditorías se realizan previa solicitud de la autoridad competente del Estado requirente, siendo decisión del Estado requerido permitir que

⁶⁶⁴ Art. 7 de la Convención.

⁶⁶⁵ Art. 8 de la Convención.

⁶⁶⁶ Párrafo 81 y 82 de los Comentarios al párrafo 2 del art. 8 de la Convención.

⁶⁶⁷ Art. 9 de la Convención.

representantes del otro Estado se encuentren presentes en la auditoría. La participación del funcionario extranjero durante la misma puede estar prohibido por la legislación interna del Estado requerido, verse limitado a un papel de observador o incluso necesitar de la previa autorización del sujeto sobre el que se realiza aquella. En todo caso, la auditoría se registrará por la legislación aplicable del Estado requerido, siendo la autoridad o funcionario responsable del Estado requerido quien tome las decisiones del modo en que aquella se ha de realizar y del grado y modo de participación del funcionario extranjero en la misma. También recoge la asistencia en la recaudación⁶⁶⁸, incluidas las medidas cautelares y la notificación de documentos, lo que permitirá resolver problemas tales como las notificaciones a contribuyentes residentes en el extranjero con independencia de su nacionalidad. Al igual que los instrumentos anteriormente analizados establece el requisito de información relevante como condición para el intercambio de información.

En lo referente a la defensa de los derechos de los contribuyentes el Convenio modificado establece que el intercambio de información no afectará a los derechos de los contribuyentes ni deberá contravenir la práctica administrativa ni el orden público del Estado requerido y que toda la información intercambiada será tratada como secreta⁶⁶⁹. Contempla la posibilidad de que las autoridades pueden informar a su residente o nacional⁶⁷⁰, de conformidad con su legislación interna, antes de transmitir la información que le concierne, indicando su intención mediante una declaración dirigida a uno de los depositarios.

El Convenio deja en manos de los Estados la determinación del alcance de la protección de los derechos de los contribuyentes poniendo de manifiesto una vez más la inexistencia de criterios mínimamente

⁶⁶⁸ Sección II de la Convención modificada.

⁶⁶⁹ Art. 22 de la Convención modificada.

⁶⁷⁰ Art. 4.3 de la Convención modificada.

consensuados y aceptados a nivel internacional en torno a la determinación del estatuto básico del que gozan los contribuyentes frente a las diferentes Administraciones tributarias, quedando su determinación finalmente encomendada al ordenamiento vigente en cada país⁶⁷¹. Dada la cada vez mayor tendencia a la globalización y a la interconexión fiscal internacional debería garantizarse la protección de estos derechos mediante el establecimiento de unos criterios mínimos de protección frente a las Administraciones tributarias comunes a todos los contribuyentes⁶⁷². Es necesario en conclusión establecer un equilibrio que contribuya a evitar una situación de indefensión por parte del contribuyente que al mismo tiempo evite obstaculizar el procedimiento de intercambio de información y la actividad investigadora tributaria⁶⁷³.

Otra cuestión de relevancia del Convenio es que la información obtenida a través de los mecanismos que ésta suministra puede ser utilizada para otros propósitos, como podría ser la persecución de delitos financieros graves. En este sentido el Convenio permite dicho uso en el caso de que los datos se entreguen a las autoridades responsables de combatir la corrupción, el lavado de dinero o el terrorismo financiero y siempre que cumplan las siguientes condiciones: 1) cuando dicha información pueda ser utilizada para esos otros propósitos según la legislación del Estado parte que la suministra y 2) la autoridad competente de dicho Estado autorice tal

⁶⁷¹ GARCÍA PRATS, F. A., "Exchange of Information Under Article 26 of the UN Model Tax Convention", vol.53, nº 12, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, United Nations Public Administration Network, 1999, págs. 541- 548.

⁶⁷² Cfr. MALHERBE, J., "La protection de la confidentialité en matière fiscale," Ponencia general en el XLV Congreso Internacional de derecho financiero y fiscal, *Cahiers de Droit fiscal international*, Volume LXXVib, 1991, Barcelona, págs. 21 a 44.

⁶⁷³ FERNÁNDEZ MARÍN. F., *El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 461.

uso⁶⁷⁴.

IV.5 LÍMITES AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y TUTELA DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

IV.5.1 LOS LÍMITES AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Los límites y excepciones a la obligación legal de suministrar información aparecen reflejadas en los apartados 3 a 5 del artículo 26 MCOCDE, en el artículo 7 del Modelo de Acuerdo y en el artículo 21 del Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal. En los casos en ellos establecidos las partes firmantes del Convenio quedan eximidas de la obligación de proporcionar la información requerida, si bien éstas pueden decidir libremente si pese a no tener tal obligación deciden proporcionar la información requerida⁶⁷⁵.

En general la Doctrina hace referencia a la existencia de cuatro límites:

- la imposibilidad de hecho o de derecho para obtener la información;
- la reciprocidad;
- la existencia de secretos empresariales, industriales y profesionales;
- el respeto del orden público.

⁶⁷⁴ Art. 22.4 de la Convención.

⁶⁷⁵ Sobre los límites al intercambio de información en la UE y los derechos de los obligados vid. DE MIGUEL ARIAS, S., "Algunos aspectos problemáticos de la protección jurídica de los obligados tributarios ante los requerimientos de información en la Unión Europea, en GARCÍA PRATS, F. A., Intercambio de informacion, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, IEF, Madrid, 2014, págs. 379-399.

A todas ellos el Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria, en su artículo 21.2 y el Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria de 18 de abril de 2002, en su artículo 7, añaden otras limitaciones⁶⁷⁶. También se recogen limitaciones en otros instrumentos jurídicos relacionados con el intercambio de información, entre los que cabe destacar el Modelo de Convenio de doble tributación de la Asociación de naciones del Sudeste asiático (art. 26.2), el Convenio para evitar la doble tributación y prevenir el fraude fiscal aprobado por la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina (art.19) y el Convenio multilateral para la prevención de la doble imposición y la asistencia administrativa mutua en materia tributaria de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC, art. 5.2)⁶⁷⁷.

A.- El principio de Reciprocidad

El concepto de reciprocidad en el intercambio información se refiere a la práctica de condicionar el suministro de información al requirente a la existencia de una contraprestación similar⁶⁷⁸ en circunstancias análogas por la otra parte sin contravenir lo previsto en su ordenamiento interno o su práctica administrativa⁶⁷⁹. Ello conlleva la posibilidad de negativa de un

⁶⁷⁶ MARTÍNEZ GINER, L. A., La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados, op.cit., pág. 84

⁶⁷⁷ MERINO ESPINOSA, M. y NOCETE CORREA, F. J., “El intercambio de información tributaria en.....”, op.cit, pág. 21.

⁶⁷⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El procedimiento de intercambio de información establecido en los convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op. cit., pág. 1298 y ss.

⁶⁷⁹ VOGEL, K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice, 3ª Edition,; Kluwer

estado a proporcionar información a otro Estado contratante cuando éste no la pueda proporcionar por impedirlo su normativa interna o sus prácticas administrativas, de modo que se impida el acceso a un sistema de información más amplio que el dispuesto por su propia normativa.

El Convenio conjunto Consejo de Europa/OCDE lo recoge de manera expresa en el Texto del informe explicativo revisado de la convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal enmendada por protocolo, 2010 *“Adicionalmente, el Estado requerido tampoco tiene la obligación, aunque lo pueda hacer de acuerdo con su propia ley, de ejercer poderes que el Estado requirente no posea en su propio territorio. De esta manera, si el Estado requirente no tiene facultades nacionales para tomar medidas precautorias, el Estado requerido podría rechazar la aplicación de estas medidas por su cuenta y orden, o si no se permite el embargo de bienes para cubrir un crédito fiscal en el Estado requirente, el Estado requerido no tiene obligación de embargar bienes al prestar asistencia en el cobro de un crédito fiscal. En pocas palabras, el Estado requerido sólo tiene obligación de aplicar aquellos poderes y aquellas prácticas que los Estados Contratantes tengan en común. Esta regla es importante para salvaguardar los derechos de los contribuyentes, ya que impide que el Estado requirente haga uso de poderes mayores a los que posee por ley, de manera indirecta debido a su solicitud de asistencia. En virtud de este principio, el Estado requerido está en libertad de rehusarse a prestar asistencia, aunque no se encuentra obligado a ello.”*⁶⁸⁰.

El MCOCDE recoge este principio de reciprocidad⁶⁸¹ al señalar expresamente que no se podrá imponer a un Estado la adopción de “medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica

Law International, Londres-La Haya-Boston, 1997, pág. 1407.

⁶⁸⁰ Parágrafo 183 del Informe Explicativo.

⁶⁸¹ FERNÁNDEZ MARÍN, F., El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado en la Unión Europea, op.cit., págs. 177 y ss.

administrativa, o a las del otro Estado contratante”⁶⁸² y que no estará obligado a “suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado contratante”⁶⁸³ por lo que el Estado requerido no queda obligado a suministrar información si la normativa interna o la práctica administrativa del requirente le impiden obtenerla en su propio país, aún en el caso de que sí lo permita la normativa y la práctica administrativa del Estado requerido. La dificultad práctica que se puede plantear en la aplicación del MCOCDE es la de determinar si la parte requerida o requirente están o no en condiciones de obtener y facilitar la información solicitada en circunstancias similares conforme a su normativa interna o su práctica administrativa⁶⁸⁴.

A diferencia del anterior el MAOCDE señala como límite a la obligación de recabar y entregar la información requerida la legislación del Estado requirente⁶⁸⁵, de modo que no queda obligado el requerido si la normativa interna del requirente le impidiera recabar esa misma información. A tal efecto establece que la parte requirente incluya una declaración⁶⁸⁶ confirmando que el requerimiento es conforme con su derecho y sus prácticas administrativas. Esta diferencia trae causa del destino previsto para este instrumento jurídico, que fue concebido como un instrumento para el intercambio de información con paraísos fiscales, lo que haría que de aplicarse el límite tal cual viene establecido en el MCOCDE constituiría una evidente traba al intercambio debido a las

⁶⁸² Art. 26.3.a) del MCOCDE.

⁶⁸³ Art. 26.3.b) del MCOCDE.

⁶⁸⁴ A diferencia de lo dispuesto en el art. 5.5.f) del Modelo de Acuerdo, el MC OCDE no establece que la parte requirente incluya una declaración confirmando que se cumple la condición de reciprocidad.

⁶⁸⁵ Art. 7.1 del MAOCDE.

⁶⁸⁶ Art. 5.5.f) del Modelo de Acuerdo.

dificultades que para el mismo plantea la legislación de estos países. El Estado requerido podrá denegar la información solicitada si el requerimiento no reúne los requisitos establecidos en el MAOCDE⁶⁸⁷, así como en caso de que tenga claros motivos para creer que las declaraciones son inexactas⁶⁸⁸.

B.- La imposibilidad de hecho o de derecho para obtener la información

Este límite opera en una doble vertiente; por un lado en lo que respecta a la imposibilidad de obtener y facilitar la información requerida, bien sea por falta de medios administrativos adecuados o por suponer su consecución un coste o un esfuerzo desproporcionado, en cuyo caso se trataría de los límites de carácter económico o lingüístico señalados por MARTÍNEZ GINER⁶⁸⁹ (imposibilidad de hecho) y recogidos en los arts. 9 y 11 del MAOCDE y los arts. 25⁶⁹⁰ y 26⁶⁹¹ y el art. 21.2.h del Convenio

⁶⁸⁷ Art. 7.1 del MAOCDE.

⁶⁸⁸ Comentario 76 al art. 7.1. del MAOCDE.

⁶⁸⁹ MARTÍNEZ GINER, L. A., La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre estados, Madrid, Iustel, 2008, págs. 113 y ss.

⁶⁹⁰ A este respecto el Texto del Informe explicativo de la Convención Consejo/OCDE señala:

“Artículo 25 – Idioma

259. El presente artículo trata con el idioma en el que se redactarán las solicitudes de asistencia y las respuestas a las mismas. A fin de evitar dificultades prácticas que pudieran obstaculizar o hacer más lenta la asistencia mutua, el principio adoptado en este contexto se centra en facilitar la tarea de las Partes al ofrecer la máxima flexibilidad. De aquí se desprende que las Partes estarán en libertad de acordar el uso en sus relaciones bilaterales de los idiomas oficiales del Consejo de Europa y de la OCDE (inglés o francés) o cualquier otro idioma (o idiomas) que se acuerden de manera bilateral.

260. Una cuestión relacionada se centra en si los documentos, cuya copia oficial

conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE⁶⁹² y por el otro en lo que respecta a la imposibilidad de actuar contra su propio ordenamiento interno o contra sus prácticas administrativas (imposibilidad de derecho), puesto que existe la obligación por parte de todo Estado de no actuar “contra legem”. En este último sentido se manifiestan el MCOCDE en su artículo 26.3.a) b) y el MAOCDE en su art. 7.1, , al igual que el art. 17 de la Directiva 2011/16/UE, establece que un Estado contratante puede rehusar suministrar la información si ésta no puede obtenerse en base a su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal.

deberá presentarse con la solicitud al amparo de diversas disposiciones de la Convención, también tienen que traducirse a ese idioma. Una obligación de este tipo podría representar un obstáculo inesperado a la solicitud de asistencia; por otro lado, no tiene mucho sentido presentar documentos en un idioma que se desconoce. Los Estados podrían llegar a un acuerdo bilateral de acuerdo con el que el Estado requirente presentará no sólo una copia de los documentos requeridos sino también un resumen de los mismos en el idioma acordado.”

⁶⁹¹ A este respecto el Texto del Informe explicativo de la Convención Consejo/OCDE señala:

“262. Aunque burdo, el problema del costo podría ser un obstáculo serio en términos de la asistencia administrativa, ya que los países podrían desistir de presentar solicitudes importantes por esta razón. Las disposiciones del artículo hacen posible que las autoridades competentes consulten entre sí y acuerden sobre bases bilaterales las reglas que desean aplicar en lo general y el procedimiento a seguir para encontrar una solución en los casos más importantes y costosos. Esta flexibilidad se considera necesaria para lograr una implementación sin incidentes y eficiente de la Convención entre las Partes.”

⁶⁹² A este respecto el Texto del Informe explicativo de la Convención Consejo/OCDE señala:

“206. Por último, de acuerdo con el inciso h, el Estado requerido puede rechazar una solicitud de asistencia en el cobro debido a consideraciones prácticas, por ejemplo, en el caso en el que los costos en los que incurriría en el cobro de un crédito fiscal del Estado requirente excediera el monto del crédito mismo.”

Conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 26 del MCOCDE el Estado requerido “utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada” y en ningún caso los límites señalados en el apartado 3 antes señalados podrán ser utilizados “para impedir a un Estado contratante proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés nacional en la misma”. Del mismo modo el apartado 5 señala que esta limitación no puede servir como excusa para no proporcionar información amparándose en el secreto bancario.

C.- La prohibición de revelar secretos comerciales, industriales y profesionales. El secreto tributario internacional.

Siguiendo a MARTÍNEZ GINER, el problema que se suscita es definir el concepto de secretos comerciales, industriales y profesionales, pues el Derecho interno no los define⁶⁹³, si bien sí podemos, señala SOLANES GIRALT determinar la causa que motiva su inclusión entre los límites al intercambio de información, entendiendo que *“obedece a razones de interés económico, justificadas por el interés del Estado intervencionista en salvaguardar el Know How, los conocimientos técnicos, comerciales e industriales, de un país como medida proteccionista de su productividad, frente a la competencia de la industria y comercio de otros países”*⁶⁹⁴. En todo caso, según los Comentarios al art. 7 del MAOCDE⁶⁹⁵, los

⁶⁹³ Respecto a la dificultad de acotar el concepto de secreto vid. MARTÍNEZ GINER, L. A., *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, op.cit, pág. 5 y ss.

⁶⁹⁴ SOLANES GIRALT, M^a. M., Los deberes de colaboración con la administración tributaria: la colaboración social y la individual de información tributaria de terceros, Universitat de Lleida, Lleida, 1996, pág. 737.

⁶⁹⁵ “Apartado 2

79. La mayoría de los requerimientos de información no estarán relacionadas con ningún secreto comercial, empresarial o de otra índole. Por ejemplo, no es probable

Comentarios al art. 26.3 del MCOCDE⁶⁹⁶ y el Informe explicativo de la Convenio conjunto Consejo/OCDE⁶⁹⁷, no resulta probable que la

que la información solicitada en relación con una persona que interviene exclusivamente en actividades pasivas de inversión pueda contener secretos comerciales, empresariales, industriales o profesionales, puesto que dicha persona no desarrolla ninguna actividad comercial, empresarial, industrial o profesional.

80. La información financiera, incluyendo los libros y documentos, no suele constituir un secreto comercial, empresarial o de otra índole. No obstante, en determinados casos muy especiales, la divulgación de información financiera puede desvelar un secreto empresarial o de otra naturaleza. Por ejemplo, una Parte requerida puede denegar un requerimiento de información relacionada con determinados documentos de compra, cuando la divulgación de estos datos desvelara una fórmula secreta del producto.”

⁶⁹⁶ Párrafo 19.2 de los Comentarios al art. 26.3 MCOCDE 2014:

“19.2 En la mayoría de los intercambios de información no surgirá ninguna cuestión con implicaciones de secreto comercial, profesional o de otra índole. Se debe entender que el secreto comercial o profesional debe involucrar hechos y circunstancias de una importancia económica considerable y que podrían ser explotados de forma práctica y cuyo uso no autorizado podría conllevar un serio perjuicio (por ejemplo, podría traer consigo graves perjuicios financieros). No podría considerarse que la exacción, la liquidación o la recaudación de impuestos, como tales, traerían como resultado un perjuicio grave. La información financiera, incluida la contabilidad y los registros, no constituyen un secreto comercial, profesional o de otra índole por su naturaleza, si bien, en ciertos casos tasados, el desvelo de información financiera sí podría revelar un secreto comercial, empresarial o de otra índole...”

⁶⁹⁷ “194. En la mayoría de los casos de intercambio de información no surgirán problemas relacionados con secretos comerciales, empresariales o de otro tipo. Un secreto comercial o empresarial generalmente se entiende como hechos y circunstancias que son de importancia económica considerable, que pueden explotarse en la práctica y cuyo uso no autorizado puede llevar a daños serios (por ejemplo, a dificultades financieras serias). La determinación, evaluación o cobro de impuestos como tal, no puede considerarse como resultante en daño serio. Por su naturaleza, la información financiera, incluyendo libros y registros, no constituye un secreto comercial, empresarial o de otro tipo. Sin embargo, en ciertos casos limitados, la revelación de información

información financiera solicitada contenga secretos de esta índole.

No obstante, este límite no opera en un sentido absoluto, pues como establece el Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios de la OCDE el intercambio de información podría producirse si existen garantías de que su utilización no contraviene los fines para los que tal limitación se establece⁶⁹⁸. Para solventar esta dificultad, señala CALDERÓN CARRERO, algunos países exigen garantías suplementarias de confidencial en los intercambios que puedan incluir información de esta naturaleza, instrumentando tales garantías “*a través de acuerdos informales denominados “confidentiality agreements”, que vienen siendo empleados con éxito en la conclusión de APA*”⁶⁹⁹.

El art. 26.3.c) del MCOCDE, al igual que el art. 7.2 del MAOCDE y el 21.2.d) del Convenio Consejo/OCDE, establece la prohibición de facilitar información que pueda suponer la revelación de secretos comerciales, industriales y profesionales. Respecto al concepto de secretos comerciales

financiera podría difundir un secreto comercial, empresarial o de otro tipo.....”

⁶⁹⁸ “...cuando la solicitud afecta a información que puede implicar un secreto comercial, la autoridad competente puede incluso proveer tal información si entiende que las leyes y prácticas del estado solicitante conjuntamente con las obligaciones de confidencialidad impuestas por el artículo 26, párrafo 2 del Modelo de Convenio Tributario (por artículo 8 del Modelo de Acuerdo) aseguran que el información no puede ser usada para fines desautorizados, contra los cuales tratan de operar las reglas relativas a los secretos comerciales o la confidencialidad. Si la parte requerida decide facilitar la información, debería indicar que un secreto comercial u otros secretos se encuentran involucrados, de manera que permita a la parte requirente adoptar cualquier medida adicional o especial que pudiera ser apropiada para asegurar la más estricta confidencialidad.”

⁶⁹⁹ CALDERÓN CARRERO, J. M., “La cláusula de intercambio de información articulada en los convenios de doble imposición”, SERRANO ANTÓN, F., (dir.), *Fiscalidad Internacional*, op. cit., págs. 1220-1221.

y profesionales el MCOCDE precisa que estos deben referirse a hechos y circunstancias que revistan una importancia económica considerable y que puedan ser objeto de explotación de una forma práctica, de modo que ello implique la existencia de un serio perjuicio en caso de su uso por terceros no autorizados, sin que, con carácter general, se considere secreto comercial o profesional la información financiera. Esto plantea el problema de determinar quién es competente para determinar si existe o no secreto empresarial, aunque en la práctica es el propio Estado requerido el que decidirá si los datos revisten o no este carácter⁷⁰⁰.

Dentro del concepto de secreto profesional cabe hacer especial mención al secreto profesional de los abogados⁷⁰¹. Este deber de secreto se contempla, para casos específicamente tasados, en el art. 7.3 del MAOCDE. El secreto profesional, supone, como señala la STC 110/84, de 26 de noviembre, *“el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión”*⁷⁰² y, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR⁷⁰³, *“de eficacia multidireccional, ejercitable no sólo ante el profesional, sino ante cualquier otra persona o poder público que pretenda su quebrantamiento; y un derecho, además, constitucional, que no es otro que el derecho general a la intimidad”*.

⁷⁰⁰ Vid MARTÍNEZ GINER, L. A., La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados, op. cit., págs. 104 y ss.

⁷⁰¹ Párrafo 19.3 y 19.4 de los Comentarios al art. 26.3 MCOCDE 2012.

⁷⁰² B.O.E. 21 diciembre 1984. Vid. MICHAVILA NÚÑEZ, J.M., “El artículo 24 de la Constitución y el derecho al secreto profesional: una visión unitaria de la institución”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 56, 1987, págs. 537 a 556. Por su parte, el Tribunal Supremo en la Sentencia 6219/1991, de 2 de julio, niega al derecho al secreto profesional un fundamento autónomo y lo vincula al derecho a la intimidad.

⁷⁰³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”, op.cit., pág. 174.

En virtud de este límite un Estado contratante podría denegar la información solicitada en aquellos casos en que ésta se trate de algún tipo de comunicación de carácter confidencial entre un abogado, procurador o representante legal y su cliente, siempre y cuando esta comunicación se produzca como consecuencia del ejercicio de sus funciones⁷⁰⁴. Cabe precisar que en ningún caso opera este límite en el caso de que los documentos fueran entregados con la finalidad de evitar la divulgación requerida por la ley, y que tampoco sería extensible a la documentación manejada por auditores, contables y asesores fiscales⁷⁰⁵. En España, conforme a lo dispuesto en el art. 93.5 de la LGT, solo afecta a aquellos datos de carácter confidencial conocidos en el ejercicio de su actividad, de manera que un requerimiento de información tributaria no lo conculcaría⁷⁰⁶. Según la STJCE de 18 mayo de 1982, *AM&S Limited*⁷⁰⁷, se trata de un principio general del derecho, si bien se limita, conforme a la STJUE de 14 de septiembre de 2010, *Azko Nobel Chemical Limiteds*, a la información en poder de abogados externos, nunca a los abogados internos de una empresa.

⁷⁰⁴ Para MARTÍNEZ GINER las comunicaciones de un cliente a un profesional que tengan un valor económico para terceros deberían recibir el tratamiento de secreto profesional. MARTÍNEZ GINER, L. A., *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, op. cit., pág. 110.

⁷⁰⁵ ROSEMBUJ, T., *Intercambio internacional de información tributaria*, op.cit., pág. 89. El párrafo 88 de los Comentarios al art. 7.3 del MAOCDE señala que “las comunicaciones entre un cliente y un abogado u otro representante legal reconocido sólo están protegidas por el secreto en la medida en que el abogado o representante legal reconocido intervengan en calidad de tales”. En este mismo sentido ver también párrafos 19.3 y 4 de los Comentarios al art. 26.3 MC OCDE.

⁷⁰⁶ Vid. STS 27 de enero de 1982.

⁷⁰⁷ C 155/79, Rec. 417.

D.- El orden público.

El concepto de orden público se encuentra recogido en los Comentarios al art. 26 MCOCDE ⁷⁰⁸, y los Comentarios al art. 7 del Modelo de Acuerdo⁷⁰⁹ desarrollan el significado de este concepto. Este límite se plantea como una doble finalidad. En general este límite se conceptúa como salvaguarda de los intereses vitales de un Estado, algo que se podría ver amenazado cuando se solicita información sensible que pueda afectar a aspectos tales como su seguridad o secretos de Estado, pero también como salvaguarda de los derechos de los contribuyentes implicados en el requerimiento⁷¹⁰. De este modo, un Estado podrá negarse a proporcionar cualquier información requerida cuando su divulgación sea contraria al orden público, aunque en ningún caso el secreto bancario podrá ser considerado un elemento del orden público⁷¹¹.

Frente a este concepto de orden público, el Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria⁷¹² distingue entre orden público e intereses esenciales de un Estado contratante. De este modo no sólo cuestiones de soberanía fiscal, de seguridad o secretos de Estado serían invocables para rechazar una petición, sino también circunstancias tales como la existencia de

⁷⁰⁸ Vid.párrafo 19.5 de los Comentarios de la Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'ocde et du commentaire s'y rapportant, op. cit.

⁷⁰⁹ Párrafo 91 de los Comentarios del Modelo de Acuerdo.

⁷¹⁰ MARTÍNEZ GINER, L. A., *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, op. cit., pág. 112 y CALVO VÉRGEZ, J., "El intercambio de información fiscal en el ámbito del Derecho Internacional Tributario: algunas consideraciones", *Nueva Fiscalidad*, núm. 10, 2003, pág. 107.

⁷¹¹ Párrafo 46 de los Comentarios del Modelo de Acuerdo.

⁷¹² Art. 21.2.b) del Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria.

peligro para la vida de una persona o la imposición de sanciones desproporcionadas⁷¹³.

E.- La no discriminación de ciudadanos del Estado requerido.

Se trata de un límite recogido en el artículo 7.6 del Modelo de Acuerdo en virtud de cual un Estado requerido puede denegar una solicitud cuando de ella se derive una aplicación de la normativa del Estado requirente que resulte discriminatoria para un ciudadano del Estado requerido, y en el artículo 24.1 del MCOCDE, que señala que “*Los nacionales de un Estado contratante no serán sometidos en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia*”.

El Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria establece que el Estado requerido no se encuentra obligado a proporcionar asistencia cuando ésta suponga la discriminación entre nacionales del Estado requerido y nacionales del Estado requirente que se encuentren en las mismas circunstancias⁷¹⁴.

⁷¹³ MARTÍNEZ GINER, L. A., La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados, op. cit., pág.112.

⁷¹⁴ Art. 21.2.f. del Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE:

“f otorgar asistencia administrativa con el propósito de administrar o aplicar una disposición de la legislación fiscal del Estado requirente, o cualquier requisito relacionado con la misma, que discrimine a un nacional del Estado requerido respecto de un nacional del Estado requirente en las mismas circunstancias;”

Párrafo 200 de los Comentarios al art. 21 del Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria en OCDE, *Text of the Revised Explanatory Report to the Convention on Mutual*
346

En virtud de este límite un Estado requerido puede denegar una solicitud cuando de ella se derive una aplicación de la normativa del Estado requirente que resulte discriminatoria para un ciudadano del Estado requerido, prohibiendo imponer a los ciudadanos de otro Estado obligaciones de cualquier índole más gravosas que a los nacionales⁷¹⁵. Supone una manifestación del principio de igualdad entendido en sentido amplio, por lo que habría que proceder a un juicio de comparabilidad de las circunstancias que se dan en cada supuesto de hecho para determinar sus efectos sobre la situación jurídica del contribuyente⁷¹⁶.

F.- El secreto bancario.

Tras la actualización del artículo 26 del MCOCDE en 2009 que añadió el apartado 5 que señala que no puede denegarse información por el mero hecho de hallarse ésta en manos de un banco u otra institución financiera, el secreto bancario no sería incompatible con las disposiciones del artículo 26.5 puesto que su existencia permite el intercambio de información estableciendo la obligación del Estado requerido de obtenerla y transmitirla⁷¹⁷. La inclusión de este apartado supuso la incorporación al MCOCDE de lo dispuesto en el Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria corrigiendo una de las debilidades que

Administrative Assistance in Tax Matters As Amended by Protocol, op.cit.

⁷¹⁵ GARCÍA PRATS, F. A., “La cláusula de no discriminación en los convenios para evitar la doble imposición internacional”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op. cit., págs. 1122-1123.

⁷¹⁶ GARCÍA PRATS, F. A., “La cláusula de no discriminación en los convenios para evitar la doble imposición internacional”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op.cit., págs. 1122-1123.

⁷¹⁷ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El procedimiento de intercambio de información establecido en los convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, op. cit., 2010, pág. 1303.

presentaba la anterior redacción del mismo en lo referente a su aplicación a Estados que reivindicaban la confidencialidad de la información bancaria⁷¹⁸.

No obstante no se puede asegurar que, en virtud de este apartado 5, este límite hay dejado de operar de forma taxativa, puesto que su efectividad se limita a los Convenios firmados con posterioridad a su modificación pero se mantiene vigente en aquellos firmados con anterioridad a la modificación de 2005. Únicamente podría interpretarse que su alcance se extiende a los Convenios previos si se admite la interpretación dinámica de los mismos, pero en ningún caso si algún Estado hubiera planteado alguna reserva a la nueva redacción⁷¹⁹. Por su parte el MAOCDE su artículo 7.2 establece que la información bancaria⁷²⁰ en ningún caso podrá ser considerada como secreto comercial, empresarial, industrial o profesional, con lo que en ningún caso podrá ser considerado un motivo válido para denegar la información solicitada, debiendo asegurarse las partes contratantes que sus autoridades competentes estén facultadas para obtener y proporcionar dicha información⁷²¹. De igual modo la Directiva 2011/16/UE de 15 de febrero, en su art. 18.2, prevé expresamente que no se puede utilizar el secreto bancario como motivo de oposición de los

⁷¹⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El artículo 26 MC OCDE 2000: La cláusula de intercambio de información”, en RUIZ GARCÍA, J. R. y CALDERÓN CARRERO, J. M. (Coords): *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)*, op.cit., pág. 1227.

⁷¹⁹ La versión actualizada del MCOCDE de 22 de julio de 2010 no recoge ninguna reserva al artículo 26 pese a la intención contraria manifestada inicialmente por Austria, Bélgica, Luxemburgo y Suiza, ya que en marzo de 2009 notificaron que eliminaban las reservas previamente introducidas.

⁷²⁰ El artículo 7.2. del MAOCDE se refiere a la información contenida en el art. 5.4 del propio Modelo.

⁷²¹ Vid. art. 5.4 del MAOCDE.

Estados miembros para no suministrar información fiscal⁷²² siempre que no se refiera a períodos impositivos anteriores al 1 de enero de 2011 y que la transmisión de dicha información no hubiera podido haber sido denegada “*en virtud del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 77/799/CEE si se hubiera solicitado antes del 11 de marzo de 2011*”⁷²³.

Para que estas cláusulas desplieguen plenamente su efectividad es necesario que la normativa interna de los Estados firmantes permita disponer efectivamente de la información obrante en poder de los bancos y demás instituciones financieras, pues de lo contrario no podría dar cumplimiento a los requerimientos de información recibidos en virtud de los Acuerdos firmados⁷²⁴.

G.- El uso de la información intercambiada. El secreto tributario internacional

De acuerdo con el art. 26.2 del MCOCDE⁷²⁵ y el art. 8 del MAOCDE⁷²⁶,

⁷²² MARTÍNEZ POZO, E., “Avances de la unión europea en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El intercambio automático de información”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 3046, diciembre de 2013.

⁷²³ Art. 18.3 de la Directiva 2011/16/UE de 15 de febrero

⁷²⁴ SPENCER, D., “OECD Model Agreement is a Major Advance in Information Exchange (Part II)”, *Journal of International Taxation*, vol. 13, núm. 11, 2002, pág. 12.

⁷²⁵ “2. La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 será mantenida secreta de la misma forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación con los mismos o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines. Podrán desvelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.”

así como sus respectivos Comentarios, la información no puede ser usada con fines distintos a los fiscales. Así pues, los datos tributarios obtenidos en virtud de los mencionados instrumentos normativos no pueden ser utilizados para perseguir delitos no fiscales. *“La información no puede ser revelada a ninguna otra persona o jurisdicción distinta, sin el expreso consentimiento escrito de la autoridad competente de la parte requerida”*, según recoge el párrafo 56 del *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios* de la OCDE⁷²⁷. El párrafo 57 del mismo documento señala respecto a las normas de divulgación algunas diferencias entre el MCOCDE y el MAOCDE. Así, el primero permite su divulgación a las autoridades supervisoras y el segundo no y el MAOCDE permite la divulgación a otra persona, entidad, autoridad o jurisdicción *“si se proporciona una expresa autorización escrita por la autoridad competente de la parte requerida”*, circunstancia no contemplada en el MCOCDE.

Ambos modelos requieren que la información intercambiada sea confidencial, pero el artículo 26.2 MCOCDE establece la obligación

⁷²⁶ “Artículo 8. Confidencialidad

Toda información recibida por una Parte contratante al amparo del presente Acuerdo se tratará como confidencial y sólo podrá comunicarse a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) bajo la jurisdicción de la Parte contratante encargadas de la gestión o recaudación de los impuestos comprendidos en el presente Acuerdo, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a dichos impuestos o de la resolución de los recursos relativos a los mismos. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esa información para dichos fines. Podrán revelar la información en procedimientos judiciales públicos o en las sentencias judiciales. La información no podrá comunicarse a ninguna otra persona, entidad, autoridad o a cualquier otra jurisdicción sin el expreso consentimiento por escrito de la autoridad competente de la Parte requerida.”

⁷²⁷ Es difícil entender como encajaría este precepto con las disposiciones contenidas Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. BOCG de 30 de Abril de 2015.

adicional de tratarla “como secreta, del mismo modo que lo sería la información obtenida bajo las leyes nacionales” del Estado receptor de la información, es decir lo que se conoce como secreto tributario internacional, lo que serviría de cobertura para garantizar el secreto comercial, industrial y profesional. Conforme a este límite debe quedar garantizada la confidencialidad de los datos intercambiados, debiendo quedar protegidos por la normativa interna del país receptor de los mismos⁷²⁸. De este modo se asegura que ningún Estado pueda alegar el secreto fiscal como impedimento para efectuar el intercambio de información. El incumplimiento de este deber de secreto fiscal facultaría al Estado requerido para no dar cumplimiento a nuevos requerimientos de información en tanto no reciba las debidas garantías de que el Estado requirente ha tomado las medidas adecuadas para garantizar la confidencialidad de la información proporcionada⁷²⁹. El art. 26 del Convenio Consejo/OCDE amplía este límite al añadir su art. 22.1. al requisito de protección conforme a la legislación interna del receptor que deberá protegerse *“en la medida en que se requiera para asegurar el nivel necesario de protección de datos personales, de conformidad con las salvaguardas que puedan especificarse por la Parte que proporciona la información, según lo requiera su legislación interna.”*

IV.5.2 DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL CONTRIBUYENTE EN EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Como se señaló con anterioridad la globalización económica y fiscal

⁷²⁸ Sobre la normativa que regula el uso apropiado de la información vid. CALDERÓN CARRERO, J. M., *El derecho de los contribuyentes al secreto tributario. Fundamentación y consecuencias materiales y procedimentales*, Edit. Netbiblo, La Coruña, 2009, págs. 28 y 29.

⁷²⁹ Vid. párrafo 11 de los Comentarios de la Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'ocde et du commentaire s'y rapportant op.cit.

hacen cada vez más necesario garantizar la defensa de los derechos de los contribuyentes frente a las distintas Administraciones tributarias nacionales evitando al mismo tiempo que se obstaculice el procedimiento de intercambio de información y la actividad investigadora tributaria⁷³⁰. En este sentido “los propios derechos de participación del contribuyente han de considerarse un límite o, cuanto menos, un obstáculo al procedimiento de intercambio de información”⁷³¹

Además se plantea el problema añadido de que la determinación de tal protección queda finalmente encomendada al ordenamiento vigente en cada país⁷³² lo que pone de manifiesto la inexistencia de criterios mínimamente consensuados y aceptados a nivel internacional en torno a la determinación del estatuto básico del que gozan los contribuyentes frente a las diferentes Administraciones tributarias. La legislación interna de los Estados no suele abordar esta cuestión, si bien existen excepciones en los que se regula algún derecho del contribuyente⁷³³. La mayoría de los instrumentos normativos que regulan el intercambio de información contemplan una tutela indirecta de los derechos de los contribuyentes mediante el establecimiento de ciertos límites a la obligación de los Estados de intercambiar información y tratando de asegurar la confidencialidad de la misma⁷³⁴.

⁷³⁰ FERNÁNDEZ MARÍN, F., *El intercambio de información ...*, op.cit., pág. 461.

⁷³¹ DEL PRADO MERINO, M., y NOCETE CORREA, F. J., “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español”, op.cit., pág. 25

⁷³² GARCÍA PRATS, F. A., “Exchange of Information Under Article 26 of the UN Model Tax Convention”, op.cit., pág. 547.

⁷³³ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El procedimiento de intercambio de información establecido en los convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE” en SERRANO ANTÓN, F. (dir.). *Fiscalidad Internacional*, op.cit., pág. 1402.

⁷³⁴ ADONNINO, P., “Lo scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie”, en UCKMAR, V. (Coord.) y otros: *Corso di Diritto tributario internazionale*, op. cit., págs.

Según MARTÍNEZ GINER⁷³⁵ tres son las causas de esta falta de regulación de los derechos del contribuyente en el intercambio internacional de información:

-Se ha dado prioridad a la función anti-fraude del intercambio de información frente a la protección de los derechos del obligado tributario afectado.

- La falta de práctica en la aplicación de esta modalidad de asistencia internacional.

- El intercambio de información ha tomado como referente las necesidades de los Estados y no la de los contribuyentes.

Conforme a la doctrina, los denominados derechos de participación del contribuyente en el procedimiento de intercambio de información se pueden agrupar en derechos de notificación, de audiencia y de impugnación de cualquier acto llevado a cabo en el curso de la captación de información⁷³⁶ de modo que los derechos de los contribuyentes que deberían protegerse son: el derecho a ser informado de un requerimiento de información y de su contenido para que de este modo pudieran exigir la legalidad, la legitimidad y revisión del mismo por un órgano independiente⁷³⁷; el derecho a participar en el proceso y al trámite de

1156 y ss., y BARASSI, M., "Lo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie", *Rivista di diritto tributario internazionale*, núm. 3/1999, Editoriale Tributaria Italiana, 1999, pág. 143 y ss.

⁷³⁵ MARTÍNEZ GINER, L., La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados., pág. 160.

⁷³⁶ CALDERÓN CARRERO, J. M., "Intercambio de información y asistencia mutua", en CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, op.cit., pág. 311 y BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., "Intercambio de información internacional", en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.): *Manual de Fiscalidad Internacional*, op.cit., pág. 911.

⁷³⁷ "A la vista de lo expuesto, consideramos que, en la hora actual, resulta

audiencia a fin de plantear la vulneración de algún límite al intercambio que pudiera verse vulnerado y, por último, el derecho a recurrir para controlar la legitimidad del requerimiento ante un órgano independiente⁷³⁸.

La propia OCDE señala los siguientes derechos de participación que pueden conceder los países miembros a los obligados tributarios⁷³⁹:

-derechos de notificación. El obligado tributario afectado por un intercambio de información tiene derecho a conocer de los datos que van a ser transmitidos, del país requirente, de los impuestos afectados y de los posibles recursos de oposición a la transmisión de los datos. Este derecho, como previo al resto, se configura como condición sine qua non para la aplicación de los restantes. Mientras que Suiza lo reconoce y regula, en España no se reconoce derecho de notificación al obligado tributario afectado por un intercambio de información, lo CALDERÓN CARRERO considera inaceptable. Así el artículo 23.2 de Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal excepciona del

inaplazable la articulación de garantías que permitan a los afectados por intercambios de información controlar la legalidad de la actuación administrativa, así como el control del flujo internacional de sus datos y el uso y revelaciones que se hagan de los mismos. La protección que merecen los derechos (en algún caso “fundamentales”) de los afectados por estos intercambios internacionales, así como la propia vigencia de la cláusula del Estado de Derecho requiere que se articulen medidas (“derechos de participación”) que permitan garantizar que el intercambio de información opera sin menoscabar excesivamente tales derechos; entendemos que no cabe oponer a la introducción de tales garantías y mecanismos de control de la actividad administrativa la mera invocación del carácter “obstruccionista” de tales garantías.” En CALDERÓN CARRERO, J. M., “Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre administraciones tributarias”, *Crónica Tributaria*, núm. 99, 2001, págs. 25 a 40.

⁷³⁸ MARTÍNEZ GINER, L. A., La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados, op. cit., pág. 108.

⁷³⁹ OCDE, Tax Information Exchange between OECD Member Countries: A Survey of Current Practices. op. cit.

deber general de informar a los afectados de quiénes serán destinatarios de los datos, así como de la finalidad que justifica su transferencia internacional y del uso de los datos que podrá hacer el destinatario a los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública “*cuando el mismo obstaculice las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras*”. En este mismo sentido la STC 292/2000 hace hincapié en la necesidad de compatibilizar la necesidad de ser informado con el correcto funcionamiento del intercambio de información, señalando que cualquier limitación a este derecho sólo puede estar justificada por un interés público que la justifique⁷⁴⁰.

-derechos de consulta o audiencia. Conceden al obligado tributario la posibilidad de audiencia previa a la transmisión de los datos. Suiza reconoce y regula este derecho, mientras que en España, pese a que el artículo 105 c) de la Constitución establece que se regulará por Ley “*el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando cuando proceda, la audiencia al interesado*”, y que el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala que “*instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes*”, no regula expresamente su aplicación en el ámbito del intercambio internacional de información. La STS 172/1992 de 17 de enero de 1992⁷⁴¹, señala la necesidad de garantizar en todo procedimiento o expediente administrativo la audiencia al ciudadano, incluso aunque no se prevea expresamente en sus trámites.

⁷⁴⁰ STC 292/2000, FJ 13.

⁷⁴¹ STS 172/1992, F.D. Tercero y Cuarto.

-derechos de intervención o impugnación de las medidas adoptadas por el Estado requerido. Permiten al obligado tributario afectado someter el intercambio a un control administrativo y jurisdiccional previo de modo que *“debería poder impugnar tanto la obtención de la información tributaria objeto de intercambio como la propia decisión de enviarla al otro Estado, para hacer valer sus derechos en el Estado requerido en el que se encuentra la información referida al mismo, para controlar el fundamento de la petición, los términos de la misma y el cumplimiento de los requisitos y garantías que proclama el artículo 26 del MCOCDE”*⁷⁴². En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado en el caso Funke que toda flexibilización importante del derecho a la intimidad debe ser susceptible de control judicial⁷⁴³.

El artículo 227.1 de la Ley 58/2003 LGT permitiría considerar recurrible una decisión de intercambio de información con otro Estado mientras que el artículo 232.1.b) de la LGT podría amparar, según CORDÓN EZQUERRO, un posible recurso por parte de los obligados tributarios no requeridos, pero sí afectados por un requerimiento realizado a terceros⁷⁴⁴. El párrafo IV del Protocolo de modificación del CDI España-Suiza reconoce el derecho de impugnación en el marco del intercambio de información regulado en el artículo 25 bis⁷⁴⁵ conforme a la legislación del

⁷⁴²CORDÓN EZQUERRO, T., “Los derechos de los contribuyentes en el procedimiento de intercambio de información”, *Derecho PUCP*, núm. 72, 2014, pág. 22.

⁷⁴³ Sentencia del TEDH “Funke versus Francia” de 25 de febrero de 1993 (demanda núm. 10588/83).

⁷⁴⁴“Estarán legitimados para promover las reclamaciones económico administrativas cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto o la actuación tributaria”

⁷⁴⁵ Protocolo entre el Reino de España y la Confederación Suiza que modifica el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio firmado en Berna el 26 de abril de 1966, y su Protocolo, modificados por el protocolo firmado en Madrid el 29 de junio de 2006, hecho en

Madrid el 27 de julio de 2011 (BOE 11-junio-2013): *“«Artículo 12. El párrafo IV del Protocolo, con referencia al artículo 25 bis, se sustituye por el siguiente nuevo párrafo IV: “1. Se entenderá que el intercambio de información únicamente podrá solicitarse una vez agotadas todas las fuentes habituales de información del Estado contratante que requiere la información, de las que disponga en aplicación de su procedimiento tributario interno, excepto aquellas que pudieran generar dificultades desproporcionadas.*

2. Se entenderá que al formular un requerimiento de información en virtud del artículo 25 bis del Convenio, las autoridades competentes del Estado que solicita la información proporcionarán la siguiente información a las autoridades competentes del Estado requerido:

- a) la identidad de la persona objeto de inspección o investigación;
- b) las fechas respecto de las que se solicite la información;
- c) una declaración sobre la información solicitada en la que conste su naturaleza y la forma en la que la Parte requirente desee recibir la información de la Parte requerida;
- d) la finalidad fiscal para la que se solicita la información;
- e) en la medida en que se conozca, el nombre y el domicilio de toda persona en cuyo poder se crea que obra la información solicitada;

3. Se entenderá que el criterio de «pertinencia previsible» tiene como finalidad establecer un intercambio de información en materia tributaria tan amplio como sea posible y, al mismo tiempo, aclarar que los Estados no tienen libertad para emprender búsquedas indefinidas de pruebas («fishing expeditions»), ni para solicitar información de dudosa pertinencia respecto a la situación fiscal de un determinado contribuyente. Mientras que el apartado 2 contiene importantes requisitos procedimentales al objeto de garantizar que no se emprendan búsquedas indefinidas de pruebas, los subapartados a) a e) deben interpretarse de forma que no se malogre el intercambio efectivo de información.

4. Se entenderá asimismo que el artículo 25 bis del Convenio no obliga a los Estados contratantes a intercambiar información de forma automática o espontánea.

5. Se entenderá que en caso de intercambio de información, las normas de procedimiento administrativo relativas a los derechos de los contribuyentes aplicables en el Estado contratante al que se solicite la información seguirán siendo aplicables antes de la transmisión de la información al Estado contratante que la ha solicitado. Se

Estado requerido. No lo reconoce así en el ámbito interno de la UE la STJUE, de 22 de octubre de 2013, C-276/12, caso Sabou⁷⁴⁶, en respuesta a las siguientes cuestiones prejudiciales planteadas por el Nejvyšší správní soud (República Checa):

“1) ¿Se desprende del Derecho de la Unión Europea que el contribuyente tiene derecho a ser informado de la decisión de la Administración tributaria de solicitar información con arreglo a la Directiva 77/799[...]? ¿Tiene derecho el contribuyente a participar en la formulación de la solicitud dirigida al Estado miembro requerido? Si el contribuyente no tiene tales derechos en virtud del Derecho de la Unión Europea, ¿es posible que la legislación nacional le confiera similares derechos?

2) ¿Tiene derecho el contribuyente a participar en el examen de testigos en el Estado miembro requerido en el marco de la tramitación de una solicitud de información con arreglo a la Directiva 77/799[...]? ¿Debe comunicar de antemano el Estado miembro requerido al contribuyente cuándo se procederá al examen de testigos, si así se lo ha solicitado el Estado miembro requirente?

3) Al comunicar información con arreglo a la Directiva 77/799[...], ¿está obligada la Administración tributaria del Estado miembro requerido

entenderá asimismo que el objetivo de esta disposición es garantizar al contribuyente un procedimiento justo y no el de impedir o retrasar indebidamente el proceso de intercambio de información.

6. La autoridad competente remitirá al otro Estado contratante la información solicitada tan pronto como sea posible. El tiempo que transcurra desde la petición de la información hasta su recepción por el Estado que la solicitó no será considerado a los efectos del cálculo de los límites temporales”

⁷⁴⁶ Disponible en http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Steuer*&docid=143341&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=314804

a respetar cierto contenido mínimo en su respuesta, de modo que conste claramente cuáles fueron las fuentes y cuál fue el método utilizado por la Administración tributaria requerida para obtener la información comunicada? ¿Puede el contribuyente cuestionar la exactitud de la información así comunicada, por ejemplo, por vicios formales del procedimiento que precedió en el Estado miembro requerido a la comunicación de la información? ¿O es aplicable el principio de cooperación y confianza mutua, conforme al cual no se podrá cuestionar la información facilitada por la Administración tributaria requerida?”

A las dos primeras cuestiones prejudiciales responde en los párrafos 41 a 46 concluyendo que el contribuyente de un Estado miembro no tiene derecho ni a ser informado sobre el requerimiento de información, ni a participar en su formulación ni tampoco a tomar parte en el examen de testigos efectuado por el Estado requerido⁷⁴⁷. A la tercera cuestión

⁷⁴⁷ “Cuando la Administración procede a recabar información, no está obligada a ponerlo en conocimiento del contribuyente ni a requerir sus observaciones al respecto.

Pues bien, la solicitud de asistencia que la Administración tributaria presenta en aplicación de la Directiva 77/799 se inscribe en el procedimiento de recogida de información.

Lo mismo cabe decir de la respuesta que facilita la Administración tributaria requerida y de las actuaciones inspectoras llevadas a cabo previamente por dicha Administración, incluido el examen de testigos.

De ello se deduce que el respeto del derecho de defensa del contribuyente no exige que éste participe en la solicitud de información dirigida por el Estado miembro requirente al Estado miembro requerido. Tampoco exige que el contribuyente sea oído en el momento en que en el Estado miembro requerido se lleven a cabo actuaciones inspectoras que puedan incluir el examen de testigos ni que sea oído antes de que dicho Estado miembro transmita información al Estado miembro requirente.

Ahora bien, nada impide que un Estado miembro haga extensivo el derecho a ser oído a otras actuaciones de la fase de inspección, permitiendo que el contribuyente participe en diversos momentos de la recogida de información y, en particular, en el examen de testigos.

prejudicial responde en los párrafos 47 a 50, concluyendo que la Directiva 77/799 no recoge el derecho del contribuyente a cuestionar la exactitud de la información transmitida ni especifica el contenido de la misma, y no impone ninguna exigencia particular en lo que atañe al contenido de la información transmitida, cuestiones que quedan al amparo de lo dispuesto en los respectivos derechos nacionales⁷⁴⁸. Como

Procede, pues, responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el Derecho de la Unión, tal como resulta de la Directiva 77/799 y del derecho fundamental a ser oído, debe interpretarse en el sentido de que no atribuye al contribuyente de un Estado miembro ni el derecho a ser informado sobre la solicitud de asistencia dirigida por dicho Estado a otro Estado miembro con el fin de verificar los datos facilitados por el contribuyente en el marco de su declaración del impuesto sobre la renta, ni el derecho a participar en la formulación de la solicitud enviada al Estado miembro requerido, ni tampoco, por último, el derecho a tomar parte en el examen de testigos efectuado por este último Estado.”

⁷⁴⁸ “Mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 77/799 debe interpretarse, por una parte, en el sentido de que el contribuyente puede cuestionar la exactitud de la información que le concierne transmitida a la Administración tributaria del Estado miembro requirente y, por otra parte, en el sentido de que, cuando la Administración tributaria del Estado miembro requerido transmite la información recogida, está obligada a mencionar las fuentes de la información y el método utilizado para obtenerla.

A este respecto, procede señalar que la Directiva 77/799 no contempla el derecho del contribuyente a cuestionar la exactitud de la información transmitida y no impone ninguna exigencia particular en lo que atañe al contenido de la información transmitida.

En tales circunstancias, incumbe exclusivamente a los Derechos nacionales establecer las correspondientes normas. El contribuyente podrá cuestionar la información que le concierne transmitida a la Administración tributaria del Estado miembro requirente según las normas de procedimiento aplicables en el Estado miembro de que se trate.

Procede, pues, responder a la tercera cuestión prejudicial que la Directiva 77/799 no regula el extremo relativo a determinar en qué condiciones podrá el contribuyente

consecuencia de todo lo anterior el Tribunal de Justicia falla que “*El Derecho de la Unión, tal como resulta de la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua de las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos indirectos y de los impuestos sobre las primas de seguros, en su versión modificada por la Directiva 2006/98/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, y del derecho fundamental a ser oído, debe interpretarse en el sentido de que no atribuye al contribuyente de un Estado miembro ni el derecho a ser informado sobre la solicitud de asistencia dirigida por dicho Estado a otro Estado miembro con el fin de verificar los datos facilitados por el contribuyente en el marco de su declaración del impuesto sobre la renta, ni el derecho a participar en la formulación de la solicitud enviada al Estado miembro requerido, ni tampoco, por último, el derecho a tomar parte en el examen de testigos efectuado por este último Estado.*”

2) *La Directiva 77/799, en su versión modificada por la Directiva 2006/98, no regula el extremo relativo a determinar en qué condiciones podrá el contribuyente cuestionar la exactitud de la información transmitida por el Estado miembro requerido y no impone ninguna exigencia particular en lo que atañe al contenido de la información transmitida”.*

Para CALDERÓN CARRERO a la aplicación de las anteriores garantías no cabe oponer el carácter obstruccionista de las mismas⁷⁴⁹, pues si es la legislación interna de cada país la que regula los derechos y garantías de los contribuyentes, su participación en el proceso de intercambio no puede ser considerada una limitación al mismo, sino como un elemento

cuestionar la exactitud de la información transmitida por el Estado miembro requerido y no impone ninguna exigencia particular en lo que atañe al contenido de la información transmitida.”

⁷⁴⁹ CALDERÓN CARRERO, J. M., “Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre administraciones tributarias”, op.cit., págs. 25 a 40.

delimitador del equilibrio jurídico en los procedimientos administrativos tributarios. Frente a la finalidad antifraude del intercambio de información existen otros bienes o derechos dignos de protección, no pudiendo negarse la existencia de un derecho a controlar el flujo de información que les concierne (artículo 18.4 CE), el derecho a participar en los procedimientos administrativos (artículo 105 CE) y el derecho a controlar la legalidad de las actuaciones administrativas (artículos 24, 103 y 106 CE)⁷⁵⁰.

CORDÓN EZQUERRO sostiene que el reconocimiento de estos derechos no debe suponer un obstáculo al intercambio de información, y que mientras los derechos de notificación y audiencia no suponen un obstáculo sí que puede suponerlo el derecho de impugnación por cuanto podría acarrear retrasos en el intercambio⁷⁵¹. Por el contrario, existe un sector doctrinal que sostiene que la falta de notificación a los interesados no supondría una merma de sus derechos siempre que la Administración actúe de forma correcta⁷⁵² mientras que, por el contrario, sí que podría afectar negativamente a la efectividad del intercambio⁷⁵³, ya que “puede suponer como mínimo un retraso en el tiempo”. Al respecto NOCETE GARCÍA, pese a mostrarse favorable a reconocer los derechos de participación, señala que “se excepcionarán dichos derechos en caso de

⁷⁵⁰ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El intercambio de información entre Administraciones tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa”, en SOLER ROCH, M.T. y SERRANO ANTÓN, F. (dirs.). *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, op. cit. pág. 311.

⁷⁵¹ CORDÓN EZQUERRO, T., “Los derechos de los contribuyentes en el procedimiento de intercambio de información”, *Derecho PUCP*, núm. 72, 2014, pág. 25.

⁷⁵² FERNÁNDEZ MARÍN, F., El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado en la Unión Europea, op. cit., pág. 458.

⁷⁵³ BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a D., “Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (impuestos directos e IVA)”, pág. 9.

existir indicios suficientes de fraude fiscal”⁷⁵⁴. De nuevo se pone de manifiesto la necesidad de alcanzar un equilibrio en la que, sin obstaculizar u obstruir el procedimiento de intercambio de información y la actividad investigadora tributaria, se evite una situación de indefensión por parte del contribuyente⁷⁵⁵.

El procedimiento de intercambio de información contempla las consecuencias que podría tener para una Administración cualquier irregularidad cometida en el mismo. Para CALDERÓN CARRERO de este modo se delimita claramente, por un lado, quien puede transmitir y utilizar la información a intercambiar, y por otro, como ha de obtenerse y utilizarse la información intercambiada⁷⁵⁶. Sobre el modo de utilizar la información intercambiada la mayoría de los instrumentos normativos que regulan el intercambio de información prevén que ésta únicamente podrá ser utilizada para los fines fiscales establecidos en el instrumento jurídico que lo ampare y en los procesos por delito fiscal. La protección de la información se ha visto debilitada por la progresiva ampliación de los usos, incluso no fiscales, que pueden darse a la misma⁷⁵⁷, por el aumento del número de órganos de la Administración que pueden ser destinatarios

⁷⁵⁴ MERINO ESPINOSA, M. P. y NOCETE CORREA, F. J., “El intercambio de información tributaria en el Derecho internacional, europeo y español”, op. cit., pág. 25.

⁷⁵⁵ FERNÁNDEZ MARÍN, F., El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado en la Unión Europea, op. cit., pág. 461.

⁷⁵⁶ CALDERÓN CARRERO, J. M., “El control del fraude fiscal internacional a través del intercambio de información”, *Working Papers*, núm. 44, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña, 2000, pág. 24.

⁷⁵⁷ Tales como la lucha contra el blanqueo de capitales o contra el terrorismo. En este sentido la información obtenida en base al Convenio sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal, conforme a lo dispuesto en su artículo 22.4, podrá ser entregada a las autoridades responsables de contrarrestar la corrupción, el blanqueo de dinero o el terrorismo financiero en determinados casos. En este sentido ver los párrafos 12.1 y 12.3 de los Comentarios al art. 26 del MCOCDE.

de la misma y, por último, por la inclusión de la posibilidad de remitir la información recibida a terceros Estados⁷⁵⁸.

Sobre el modo de obtención de la información intercambiada ROSEMBUJ sostiene que la ilicitud en la obtención de la información inhabilita a ésta para “sustentar la liquidación correcta del impuesto”⁷⁵⁹. De igual modo, cuando el uso dado a la información intercambiada sea distinto al establecido la persona afectada podrá reclamar ante los órganos jurisdiccionales del Estado requirente que declare su ilegalidad.

El derecho comunitario ha jugado un papel clave a la hora de establecer los derechos de los contribuyentes en el ámbito del intercambio de información fiscal de modo negativo, es decir como fijación de límites en la actuación de la Administración⁷⁶⁰. Pese a que estos límites puedan suponer un cierto grado de protección del contribuyente pudiendo, en ciertos casos, hacer que el Estado requerido pueda negarse a proporcionar la información solicitada, esta protección resulta incompleta pues la posibilidad de negación no constituye prohibición, por lo que el Estado requerido puede libremente decidir proporcionar la información requerida sin que el contribuyente afectado pueda acudir ante los tribunales de justicia reclamando derecho alguno⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ El artículo 22.4 de la Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal permite que la información suministrada de un estado parte a otro puede ser transmitida a un tercer estado parte previa autorización de la autoridad competente del estado parte que suministra la información. Esta posibilidad también está contemplada en el artículo 16 de la Directiva 2011/16/UE. En este sentido vid. supra III.2.

⁷⁵⁹ ROSEMBUJ, T., *Intercambio internacional de información tributaria*, Servicio de Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2004, pág. 14.

⁷⁶⁰ FERNÁNDEZ MARÍN, F., *La tutela de la Unión Europea al contribuyente en el intercambio de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 208.

⁷⁶¹ FERNÁNDEZ MARÍN, F., *La tutela de la Unión Europea al contribuyente en el*

En el ámbito comunitario existen principios generales que pudieran resultar aplicables a las relaciones jurídicas que afectan al contribuyente en el marco de las relaciones de asistencia fiscal entre los distintos Estados miembros o entre éstos y las instituciones europeas (especialmente por lo que respecta al papel que pueden jugar los principios de proporcionalidad y no discriminación), debiendo resaltarse también la posible incidencia que dicha asistencia tributaria mutua pudiera tener en ciertos derechos fundamentales, pudiendo incluso llegar a trasladar la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) al ámbito del intercambio de información tributaria⁷⁶².

De este modo el principio de proporcionalidad, entendido en el sentido de “la prohibición de que la Administración en el ámbito de su discrecionalidad ordene algo que puede considerarse excesivo, exorbitante o desmesurado” como señala RUIZ GARCÍA⁷⁶³, se configura como una auténtica garantía para el contribuyente en cuanto valida toda actuación de la Administración desde el punto de vista de los derechos y libertades, ya que la aplicación de este principio en el ámbito del intercambio de información requiere la aplicación de medidas apropiadas para la consecución de un fin legítimo (la correcta aplicación del tributo), que dichas medidas sean necesarias (esto es, que no pueda alcanzarse a través de otra medida menos gravosa para el contribuyente) y que la limitación que sufra el contribuyente en sus derechos y garantías a raíz de la intervención administrativa resulte proporcionada al fin perseguido (la lucha contra el fraude fiscal). También deberá aplicarse esta

intercambio de información tributaria, op. cit., pág. 207.

⁷⁶² FERNÁNDEZ MARÍN, F., La tutela de la Unión Europea al contribuyente en el intercambio de información tributaria, op. cit., págs. 23 y ss.

⁷⁶³ RUIZ GARCÍA, J. R., Secreto bancario y hacienda pública: (el deber de colaboración de las entidades bancarias en el procedimiento de gestión tributaria), Madrid, Civitas, 1988, pág. 114.

proporcionalidad a los requisitos exigidos a los contribuyentes para el disfrute de un determinado régimen fiscal, y en este sentido el hecho de que las Directivas europeas limiten la colaboración entre Estados en el sentido de que ningún Estado está obligado a requerir información a otro Estado, ni el requerido está siempre obligado a proporcionarla, “*puede llegar a propiciar una inversión de la carga de la prueba sobre el contribuyente con actividades transfronterizas, como llegó a admitir el propio TJ en el caso Elisa*”⁷⁶⁴. Este principio se encuentra íntimamente vinculado con el principio de no discriminación, pues evita que se aplique un trato abusivo, y por tanto discriminatorio, a un contribuyente con el fin de obtener o suministrar la información requerida⁷⁶⁵, y con el principio de subsidiariedad. Este último será el principio que debe regir a la hora de invertir la carga de la prueba sobre el contribuyente, que sólo será aplicable en aquellos casos en que falte un intercambio de información satisfactorio entre los Estados miembros implicados.

La jurisprudencia comunitaria ha venido considerándolo como un principio clave a la hora de justificar posibles restricciones a las libertades contempladas en el Tratado de la Unión. En este sentido, la STJUE de 27 de enero de 2009, caso Hein Persche, ante la petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesfinanzhof (Alemania), señala que “una medida restrictiva debe respetar el principio de proporcionalidad, en el sentido de que debe ser idónea para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzarlo”⁷⁶⁶, no pudiendo los Estados

⁷⁶⁴ STJCE de 11 de noviembre de 2007, C-451/05, en RODRIGUEZ-BEREIJO LEÓN, M^a, “El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria”, op. cit., pág. 11-12.

⁷⁶⁵ MERINO ESPINOSA, M. y NOCETE CORREA, F. J., “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses”, *Crónica Tributaria*, núm. 139/2001, pág. 162.

⁷⁶⁶ STJUE de 27 de enero de 2009, caso Hein Persche, C-318/07, par. 52. En el par.

ampararse en la dificultad de obtención de la información localizada en otro Estado para denegar de manera discriminatoria un beneficio fiscal a un contribuyente⁷⁶⁷. La Sentencia STJ de 27 de septiembre de 2007, caso *Twoh International BV et al*, en el mismo sentido de la anterior y en respuesta a la cuestión de si una Administración estaba obligada a dar curso a un requerimiento de información a petición de un contribuyente, señala que “corresponde a cada Estado miembro apreciar los casos específicos en los que falta información relativa a las transacciones efectuadas por los sujetos pasivos establecidos en su territorio y decidir si dichos casos requieren la presentación de una solicitud de información a otro Estado miembro”⁷⁶⁸. La jurisprudencia comunitaria también refrenda

46 de la misma se señala: “En efecto, de una reiterada jurisprudencia se desprende que la necesidad de evitar la reducción de ingresos fiscales no figura entre los objetivos enunciados en el artículo 58 CE ni entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a una libertad establecida por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, C-319/02, Rec. p. I-7477, apartado 49, y *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, antes citada, apartado 59; véanse, por analogía, en lo que atañe a la libre prestación de servicios, las sentencias de 3 de octubre de 2002, *Danner*, C-136/00, Rec. p. I-8147, apartado 56, y de 11 de septiembre de 2007, *Schwarz y Gootjes-Schwarz*, C-76/05, Rec. p. I-6849, apartado 77)”.

⁷⁶⁷ STJUE de 27 de enero de 2009, caso *Hein Persche*, C-318/07, par. 55: “antes de conceder una exención fiscal a un organismo establecido en otro Estado miembro y cuya utilidad pública ha sido reconocida en él, un Estado miembro está autorizado a aplicar medidas que le permitan comprobar, de manera clara y precisa, si ese organismo reúne los requisitos establecidos en la legislación nacional para acogerse a la exención y a controlar su gestión efectiva sobre la base, por ejemplo, de la presentación de las cuentas anuales y de un informe de actividades. Los posibles inconvenientes administrativos que se derivan del hecho de que tales organismos estén establecidos en otro Estado miembro no son suficientes para justificar la negativa de las autoridades del Estado de que se trate a conceder a dichos organismos las mismas exenciones fiscales que a los organismos nacionales del mismo tipo.”

⁷⁶⁸ STJUE de 27 de septiembre de 2007, C-184/05, caso *Twoh International BV*, par.

este principio en diversas Sentencias como la STJCE (Sala Cuarta) de 11 de junio de 2009, caso X (C-155/08) y E. H. A. Passenheim-van Schoot (C-157/08) contra Staatssecretaris van Financiën (Asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08)⁷⁶⁹. Este mismo principio, y como justificación de cierta restricción en la prescripción, se recoge en la STJUE de 28 de octubre de 2010, caso *Établissement Rimbaud*, C-72/09 apartado 33, que se funda en la jurisprudencia de la Sentencia Passenheim-van Schoot, y en la STJUE de 15 de septiembre de 2011, C-132/10 apartado 31.

Nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo este principio de proporcionalidad, señalando que en el caso de existir diversos medios para conseguir la correcta aplicación de los tributos se debe utilizar aquel que sirva al fin perseguido causando las menores consecuencias desfavorables al contribuyente, tratando que la limitación que sufra el contribuyente en sus derechos y garantías a raíz de la intervención administrativa resulte proporcionada al fin perseguido⁷⁷⁰.

65.

⁷⁶⁹ Parágrafos 49-53.

⁷⁷⁰ STC 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6: “...las diferenciaciones normativas pueden considerarse no discriminatorias “resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador, con carácter general, la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente” (STC 75/1983, fundamento jurídico 2.0). Las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en suma, cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le

El derecho a la confidencialidad de la información objeto de intercambio es una garantía establecida en la totalidad de los instrumentos jurídicos reguladores del intercambio de información fiscal a nivel internacional⁷⁷¹ que tiene que buscar el equilibrio entre el derecho a la privacidad de los contribuyentes respecto a su intimidad económico-financiera y la necesidad de las distintas Administraciones tributarias de acceder a esta información para la correcta aplicación de los tributos. Respecto a la protección de los datos objeto de intercambio existe una amplia variedad de instrumentos normativos que la regulan en el ámbito europeo, tales como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷⁷², el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁷⁷³, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁷⁷⁴ y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas⁷⁷⁵.

imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad.”

⁷⁷¹ Se ha llegado a asegurar por algunos autores la existencia de una norma de secreto internacional contenida en los primeros convenios sobre intercambio de información. En este sentido vid. MARTÍNEZ GINER, L. A., *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, op.cit. pág. 56 y ss.

⁷⁷² Art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁷⁷³ Art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

⁷⁷⁴ Art 1 y 13 de Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁷⁷⁵ Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Diario Oficial L 201 de 31.7.2002. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32002L0058>

La Directiva 2011/16/UE, en su considerando 27⁷⁷⁶, contempla la posibilidad de que el intercambio de información pueda llegar a realizarse sin cumplir todos los requisitos que garanticen los derechos de los contribuyentes, incluido el secreto tributario. Esto afectaría derechos y garantías considerados fundamentales, como la propiedad, el secreto empresarial, la confidencialidad de la información, la seguridad jurídica y la legalidad.

El Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria establece diversos derechos del contribuyente en su preámbulo (de forma genérica) y en su articulado (de modo más concreto). La posibilidad de notificación previa al contribuyente afectado por el intercambio se recoge en el segundo párrafo del art. 4 y en su correspondiente comentario, que *“permite a cada Parte notificar a uno de los depositarios que sus autoridades tienen la facultad de informar a las personas involucradas antes de transmitir la información a otra de las Partes”*. El art. 21.1, y los comentarios al mismo del Informe Explicativo, hacen especial hincapié *“en el logro de un equilibrio adecuado entre la necesidad de otorgar una asistencia*

⁷⁷⁶ “Todos los intercambios de información a que se refiere la presente Directiva están sometidos a las disposiciones de aplicación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y del Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. No obstante, conviene tener en cuenta las limitaciones de determinados derechos y obligaciones establecidas en la Directiva 95/46/CE, con el fin de salvaguardar los intereses a que se refiere el artículo 13, apartado 1, letra e), de dicha Directiva. Dichas limitaciones son necesarias y proporcionadas con vistas a la pérdida potencial de ingresos de los Estados miembros y a la crucial importancia de la información contemplada en la presente Directiva para la eficacia de la lucha contra el fraude.”

administrativa eficaz en cuestiones tributarias y la de proporcionar salvaguardas a los contribuyentes y al Estado requerido”, señalando la preeminencia sobre el propio Convenio de los derechos y salvaguardas de las personas prevista por la legislación y la práctica administrativa del Estado requerido. Esta preeminencia queda atemperada en el propio Informe Explicativo cuando, a continuación, señala que la aplicación de tales salvaguardas y el ejercicio de los derechos “*no deberían aplicarse de manera que socaven el objeto y el propósito de la Convención*”. Los comentarios al art. 26 del MCOCDE reconocen que el derecho de notificación, señalando que los procedimientos de aplicación de este derecho “*podrían constituir un elemento importante de los derechos garantizados por la ley interna*”, aunque matizan que “*no debería impedir o retrasar indebidamente el intercambio efectivo de información*”.

Un aspecto especialmente preocupante que puede resultar del procedimiento de obtención de datos que habrán de ser objeto de intercambio de información es que estos, en la medida que pueden constituir pruebas que inculpen al obligado tributario, pueden vulnerar el derecho a no autoinculparse⁷⁷⁷ que le ampara conforme al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁷⁸. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo considera vulnerado el derecho a no autoinculparse en dos tipos de situaciones: por un lado cuando, en el marco de un procedimiento de índole penal contra el

⁷⁷⁷ Cfr. PALAO TABOADA, C., “El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario”, *Cuadernos Civitas*, Thomson- Civitas, Pamplona, 2008.

⁷⁷⁸ El artículo 24.2 de la Constitución Española establece también que “todos tienen derecho (...) a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”; sin embargo, en el ámbito tributario, frente a ese derecho se hace primar tradicionalmente el deber de colaborar con los órganos de inspección de Hacienda, contemplado en el artículo 31.1 de dicho texto constitucional. En este sentido ver también la Sentencia “*Saunders versus Reino Unido*” de 17 de diciembre de 1996 (demanda núm. 19187/91)

sujeto, éste aporta, bajo coacción, información relevante que lo incrimina⁷⁷⁹ y, por otro lado, cuando la información autoinculpatoria aportada coactivamente por el sujeto en cuestión al margen de la vía penal se utiliza contra aquél en el procedimiento de carácter penal que posteriormente se incoe⁷⁸⁰. A la primera categoría de controversias correspondería la Sentencia “*Funke versus Francia*”; a la segunda, correspondería la Sentencia “*Saunders versus Reino Unido*”⁷⁸¹.

La aplicación del principio de autonomía procedimental en los intercambios de información conlleva una disgregación normativa que impide una completa homogeneidad de los derechos del contribuyente, ya sea a nivel internacional o europeo, por lo que sería deseable establecer instrumentos vinculantes de carácter internacional que determinen “el contenido mínimo de un catálogo básico” de derechos del contribuyente en los procedimientos de intercambio de información⁷⁸².

IV.6 EL MCOCDE FRENTE AL MODELO DE CONVENIO DE LA ONU

La ONU, a través de una Comisión Financiera y Fiscal integrada en su Consejo Económico y Social (ECOSOC), trató de seguir la labor del Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones en un intento de mejorar los

⁷⁷⁹ En este sentido ver Sentencia del TEDH “*Funke versus Francia*” de 25 de febrero de 1993 (demanda núm. 10588/83).

⁷⁸⁰ En este sentido ver la Sentencia del TEDH “*Saunders versus Reino Unido*” de 17 de diciembre de 1996 (demanda núm. 19187/91).

⁷⁸¹ Cfr. SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. A., “Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria”, *Documentos*, IEF núm. 19/08.

⁷⁸² MERINO ESPINOSA, M. y NOCETE CORREA, F. J., “El intercambio de información tributaria:.....”, op. cit., pág. 163.

Modelos de Méjico⁷⁸³ y Londres⁷⁸⁴ y de reducir sus divergencias, aunque sus esfuerzos no dieron fruto debido a la existencia de posturas encontradas en el seno de la Comisión.

La publicación en 1963 del Proyecto de Convenio de la OCDE⁷⁸⁵, estaba pensado para países desarrollados y su aplicación a Convenios entre estos y países en desarrollo conllevaba una evidente pérdida de ingresos para estos últimos. Los países en desarrollo eran conscientes de que en los Convenios que firmaran bajo este esquema con los países de la OCDE se verían claramente perjudicados, pues cedían soberanía y perdían imposición ya que raramente sus ciudadanos soportaban una doble imposición, ya que mientras las relaciones entre países desarrollados los flujos de capital, de rentas y de tecnología son bilaterales, en el caso de relaciones entre países desarrollados y en desarrollo este flujo es unilateral al proceder la tecnología y el capital de los países desarrollados y las rentas de los países en desarrollo⁷⁸⁶.

Por ello los países en desarrollo decidieron dirigirse al ECOSOC pidiéndole la creación de un Grupo especial que elaborase un modelo de Tratado que contemplara el principio de la fuente en la imposición⁷⁸⁷. El ECOSOC atendió su petición y procedió a solicitar del Secretario General

⁷⁸³ Aprobado en la reunión de la Liga de Naciones de 1943.

⁷⁸⁴ Aprobado en la reunión de la Liga de Naciones de 1946.

⁷⁸⁵ Similar al de la Liga de Naciones de 1946.

⁷⁸⁶ HUGO FIGUEROA, A., "La negociación de los Tratados Tributarios Amplios". Documento redactado en el Second Interregional Trainig Workshop on International Taxation and Steering Comittee Meeting of the Ad Hoc Group of Experts on Internacional Cooperation in Tax Matters, Beijing, China, 23-27 de abril de 2001.

⁷⁸⁷ Sobre esta cuestión en Latinoamérica vid. VALDÉS COSTA, R., *Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano*, Editorial y Librería Jurídica A.M. Fernández, Montevideo (Uruguay), 1982.

de la ONU⁷⁸⁸ la creación de un Grupo especial integrado por funcionarios y expertos de países desarrollados y no desarrollados representantes de todas las regiones y sistemas fiscales.

En 1968 el Secretario General se hizo eco de esta solicitud y creó un Grupo de expertos en Acuerdos Fiscales integrado por representantes de países desarrollados y en desarrollo, cuyas observaciones y directrices sirvieron para la publicación por parte de la Subdivisión de Asuntos Fiscales y Financieros del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales Internacionales de un Manual para la Negociación de Acuerdos Fiscales entre países desarrollados y países en vías de desarrollo en 1979⁷⁸⁹. Este último constituye un verdadero Modelo de Convenio, y está acompañado de una serie de observaciones que cumplen el mismo papel que los Comentarios al MCOCDE.

En 1980 el grupo fue ampliado y renombrado como Grupo Ad Hoc de Expertos sobre Cooperación Internacional en Materia Tributaria⁷⁹⁰, integrándose por 10 miembros de Administraciones tributarias de países desarrollados y 15 de países en desarrollo y economías en transición, teniendo como misión, además de facilitar la conclusión de convenios fiscales bilaterales entre países desarrollados y en desarrollo, la cooperación en materia tributaria. En 2004 el grupo pasó a denominarse Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Materia Tributaria⁷⁹¹.

En 1980 la ONU publica su Modelo de Convenio entre países desarrollados y en desarrollo (MCONU), basado en el MCOCDE de

⁷⁸⁸ Resolución 1273 (XLIII) del ECOSOC de 4 de agosto de 1967.

⁷⁸⁹ Párrafos 8, 9 y 10 de la Introducción al MC ONU de 1980.

⁷⁹⁰ Resolución 1980/12 de 28 de abril de 1980 del ECOSOC.

⁷⁹¹ Resolución 2004/69/ de 11 de noviembre de 2004 del ECOSOC.

1977⁷⁹² pero pone más énfasis en las potestades tributarias del país de origen de las rentas a fin de paliar la merma de ingresos de los países en desarrollo, restringe los casos en los que una empresa de otro país puede operar sin pagar impuestos en el país donde se genera la renta y deja abierta la opción de establecer retenciones más altas sobre los intereses y dividendos. El MCONU ha sido objeto de revisión en los años 2001⁷⁹³ y 2011⁷⁹⁴. En su última revisión llevada a cabo en Ginebra por el Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación⁷⁹⁵

Respecto al ámbito de aplicación del MCONU éste opta por una estructura y una redacción similar al MCOCDE respecto a la delimitación del ámbito funcional, subjetivo, objetivo, temporal y territorial de aplicación. En líneas generales, las grandes diferencias se encuentran en la regulación de la tributación de los servicios, en el concepto de establecimiento permanente, en el concepto y reparto de competencias tributarias sobre los cánones y en la cláusula residual del Modelo además de algunas otras de carácter menor.

Una de las principales novedades introducidas en el MC ONU la constituye el establecimiento del arbitraje obligatorio vinculante en el caso de que una disputa no pueda resolverse en el marco del Procedimiento de Acuerdo Mutuo habitual⁷⁹⁶. En línea con el estándar OCDE confirma la importancia del intercambio de información en el, establece las normas

⁷⁹² Párrafo 9 de los Comentarios del MCONU de 2001. En él se reconoce que el Grupo de Expertos de la ONU se basó en el MCOCDE de 1997 y en sus Comentarios.

⁷⁹³ <http://www.un.org/esa/ffd/tax/index.htm>.

⁷⁹⁴ http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf

⁷⁹⁵ Está programada una próxima reunión del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación en Ginebra del 21 al 25 de octubre de 2013. <http://www.un.org/es/ecosoc/meetings/> (acceso el 13 de septiembre de 2013)

⁷⁹⁶ Modificación del art. 25 del MC ONU.

bajo las cuales los Estados pueden ayudarse mutuamente en la recaudación de impuestos⁷⁹⁷ y en la lucha contra la evasión de impuestos relacionados con la posible obtención de beneficios en la transmisión de acciones de una sociedad no residente⁷⁹⁸.

El concepto del establecimiento permanente resulta de vital importancia en la imposición de las rentas empresariales en el contexto de los CDI ya que a los países en desarrollo (importadores de capital) les interesa contar con una definición amplia del concepto, como la establecida por el MCONU⁷⁹⁹, porque ello permitirá mantener en fuente mayores supuestos de imposición, y ha supuesto uno de los puntos de mayor discrepancia entre el MCONU y el MCOCDE. En su pretensión de desarrollar un Modelo más acorde con los intereses de los países menos desarrollados el MCONU opta por una definición similar a la del MCOCDE pero introduciendo algunos supuestos que amplían el alcance de la definición.

El cuestionamiento al que se ha visto sometido el MCOCDE por las numerosas críticas (sobre todo de los países no desarrollados) a su falta de legitimidad para alcanzar una equitativa distribución de competencias fiscales entre Estado de la fuente y Estado de la residencia por la falta de representatividad en dicho organismo internacional de los países no desarrollados, el cada vez mayor número de países desarrollados en recuperar potestades tributarias por parte del Estado de la fuente y el desarrollo y consecuente aumento de su influencia internacional de los BRIC ha llevado a que el MCONU y otros modelos ganen peso relativo respecto al MCOCDE⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ Modificación del art. 27 del MC ONU.

⁷⁹⁸ Modificación del art. 13.5 del MC ONU.

⁷⁹⁹ Art. 5 del MCONU.

⁸⁰⁰ GARCÍA PRATS, F. A., "Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición", op.cit., pág. 105.

IV.6.1 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL MCONU

El Grupo encargado de elaborar el MCONU consideró el intercambio de información como una materia fundamental en el desarrollo del Modelo, haciendo especial hincapié en la labor de establecer un mecanismo positivo que aportara una base jurídica a los Estados contratantes que legitimara el intercambio de información tributaria⁸⁰¹, recogiendo en su artículo 26⁸⁰²,

⁸⁰¹ SURREY, S., *United Nations Model Convention for Tax Treaties Between Developed and Developing Countries. A description and analysis*, Series Selected Monographs on Taxation vol. 5, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1980, pág 57.

⁸⁰² “Artículo 26

INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para la aplicación de las disposiciones de la presente Convención o para la administración o la ejecución de la legislación interna de los Estados contratantes relativa a los impuestos sea cual fuere su naturaleza o denominación establecidos en nombre de los Estados contratantes, o de una de sus subdivisiones políticas o de sus administraciones locales, siempre que la tributación que establezca no sea contraria a la Convención. Se intercambiará, en particular, información que pueda resultar útil a un Estado contratante para prevenir la elusión o la evasión de esos impuestos. El intercambio de información no quedará limitado por los artículos 1 y 2.

2. Cualquier información recibida con arreglo al párrafo 1 por un Estado contratante se considerará secreta, de la misma forma que la información obtenida en virtud de la legislación interna de ese Estado, y se revelará solo a las personas o autoridades (inclusive tribunales y órganos administrativos) que participen en la estimación de la base imponible o la recaudación, o la decisión de recursos en relación con los impuestos a que se hace referencia en el párrafo 1, o en la supervisión de esas personas o autoridades. Esas personas o autoridades utilizarán la información exclusivamente para esos fines, pero podrán revelarla en actuaciones de tribunales públicos o decisiones judiciales.

3. En ningún caso se interpretarán las disposiciones de los párrafos 1 y 2 en el

con pequeñas matizaciones, lo dispuesto por su homólogo en el MCOCDE, por lo que responde a su misma estructura y tiene efectos similares⁸⁰³.

El artículo aparece desligado de la finalidad principal del Convenio, evitar la doble imposición, reconociendo de forma expresa en su apartado 1 que el intercambio de información se dirige a combatir y prevenir el

sentido de que impongan a un Estado contratante la obligación de:

- a) Aplicar medidas administrativas incompatibles con las leyes o la práctica administrativa de ese o del otro Estado contratante;
- b) Proporcionar información que no pueda obtenerse conforme a las leyes o los procedimientos administrativos normales de ese o del otro Estado contratante;
- c) Proporcionar información que revele cualquier secreto mercantil, empresarial, industrial, comercial o profesional, o proceso mercantil o información cuya revelación sea contraria al orden público.

4. Si un Estado contratante solicita información conforme al presente artículo, el otro Estado contratante utilizará las facultades de que disponga para obtener la información solicitada, aunque ese otro Estado no necesite dicha información para sus propios fines fiscales. La obligación enunciada en la oración precedente está sujeta a las limitaciones previstas en el párrafo 3, aunque en ningún caso tales limitaciones se interpretarán en el sentido de que permitan a un Estado contratante denegar información únicamente porque esta carezca de interés fiscal desde el punto de vista interno.

5. En ningún caso deberán interpretarse las disposiciones del párrafo 3 en el sentido de permitir que un Estado contratante se niegue a proporcionar información alegando únicamente que esta información obra en poder de un banco, otra institución financiera, una persona designada o una persona que actúe como fiduciario o agente, o que la información esté relacionada con los intereses de propiedad de una persona.

6. Las autoridades competentes, mediante consultas, determinarán los métodos y las técnicas apropiados para los asuntos con respecto a los cuales habrá de intercambiarse información con arreglo al párrafo 1.”

⁸⁰³ VOGEL, K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice, op. cit., pág. 1402.

fraude y la evasión fiscal⁸⁰⁴.

Al igual que lo regulado en el artículo 26 del MCOCDE la información debe ser “previsiblemente pertinente” para la aplicación del convenio o de la legislación interna en virtud de lo que disponga aquél. Esta condición resulta difícil de comprobar por parte del Estado requerido, ya que normalmente no conocerá el procedimiento para el que se precisa la información requerida. El término “pertinente” ha sido objeto de controversia, aunque según los Comentarios se identifica con “relevante”. En cualquier caso se deja a criterio de los firmantes el utilizar otra formulación alternativa⁸⁰⁵. Además se requiere que las autoridades solicitantes de información deben haber agotado todos los cauces previos previstos en su normativa interna para la obtención de la información solicitada al otro Estado contratante (exhaustion rule)⁸⁰⁶, aunque no debe ser utilizada en el sentido de exigir al Estado solicitante probar exhaustivamente esta circunstancia, pues ello dificultaría el intercambio.

La información obtenida sólo deberá mantenerse en secreto en la medida en ya tuviera la consideración o se tratase como secreta en el Estado que la facilite⁸⁰⁷, por lo cual esta limitación al uso del intercambio de información es menos restrictivo en cuanto al acceso y utilización de los datos que la establecida en otros modelos.

A diferencia de otros acuerdos multilaterales, el artículo 26 del MCONU no exige la obligación de entregar documentos. Tan sólo existe una referencia en los Comentarios que deja libertad a los Estados para considerar que la misma comporta una obligación de facilitar documentos

⁸⁰⁴ GARCIA PRATS, F. A., “Exchange of Information Under Article 26 of the UN Model Tax Convention”, op. cit., pág. 543.

⁸⁰⁵ Comentario 7.2 del art. 26 del MCONU.

⁸⁰⁶ Artículo 27.8.c) del MCONU y comentario 35 al mismo.

⁸⁰⁷ Artículo 26.2 del MCONU.

al amparo de lo dispuesto en el artículo 26 del MCONU⁸⁰⁸, de modo que la autoridad requerida deberá siempre que sea posible, entregar información en forma de declaraciones de testigos y copias autenticadas de documentos, pero también podrá negarse a entregar la información de este modo si ello no está permitido por su legislación o práctica administrativa⁸⁰⁹.

Cabe destacar que el artículo 26 del MCONU concede un papel preponderante a las “autoridades competentes” de los países firmantes como responsables de determinar mediante negociación las prácticas adecuadas para llevar a cabo el intercambio de información⁸¹⁰. En los Comentarios se concreta lo dispuesto en este artículo⁸¹¹ respecto a las cuestiones a acordar mediante negociación, pero teniendo en cuenta que no puede utilizarse ésta como excusa para evitar el intercambio de información, pues lo único que queda abierto a acuerdo entre las partes es el modo en que el intercambio debe realizarse.

La obligación de suministrar información queda limitada exclusivamente a aquella información que resulta accesible a las respectivas Administraciones conforme lo dispuesto por su legislación interna, aunque el hecho de que la información no se encuentre disponible para la Administración no puede alegarse como motivo suficiente para suministrar la información requerida, quedando obligados los Estados contratantes a llevar a cabo la actuaciones pertinentes para recabarla y suministrarla. Esta obligación de suministro de información se hace extensiva a aquella información que no resulte de interés para los fines

⁸⁰⁸ VOGEL, K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice, op.cit., pág. 1402.

⁸⁰⁹ Comentario 5.1 al art. 26 del MCONU.

⁸¹⁰ Art. 26.6 del MCONU.

⁸¹¹ Comentarios 16 a 23 al art. 26 del MCONU.

fiscales del Estado requerido⁸¹².

⁸¹² Art. 26.4 del MCONU.

V EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN EN EL MARCO DE LA DIRECTIVA 2003/48/CE: SU APLICACIÓN A SUIZA.

Sumario

V.1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA DIRECTIVA V.1.1. El proceso de desarrollo de la Directiva sobre la Tributación del Ahorro V.2. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DIRECTIVA V.2.1. El concepto de intereses en la Directiva V.2.2. El periodo transitorio y el sistema de retención a cuenta V.2.3. El agente pagador y el beneficiario efectivo. V.2.4. El intercambio de información V.3. LA REVISIÓN DE LA DIRECTIVA V.3.1. Problemas y propuestas en el ámbito subjetivo V.3.2. Problemas y propuestas en el ámbito objetivo V.3.3. Problemas y propuestas en materia de intercambio de información: la modificación de la Directiva V.3.4. La Directiva 2014/48/UE V.4. EL ACUERDO SOBRE LA FISCALIDAD DEL AHORRO UE-SUIZA: BILATERALES II

V.1 ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA DIRECTIVA

La Directiva 2003/48/CE del Consejo⁸¹³ sobre gravamen del ahorro (en lo sucesivo la Directiva del Ahorro), abrió una nueva etapa en la Unión Europea, y por consiguiente en España, en materia de intercambio de información, puesto que la aplicación de la Directiva tiene su fundamento

⁸¹³ Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003 (LCEur 2003, 1951) en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, DO L. 157, de 26 de junio de 2003.

en el intercambio de información automático entre los Estados miembros de datos correspondientes a particulares y, durante el período transitorio y para ciertos países con tradición de secreto bancario, el intercambio de información se sustituye por retenciones crecientes sobre los rendimientos a compartir con el país de residencia del perceptor. Además constituye la base los acuerdos formalizados con diferentes Estados no miembros, entre los que se incluye Suiza⁸¹⁴, relativos al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE⁸¹⁵. En todos ellos se aplicará el régimen de retención, es decir, que durante el período transitorio realizarán la retención e ingresarán parte de lo recaudado al Estado miembro donde tenga la residencia el beneficiario efectivo.

Con Suiza el acuerdo resultó más complejo que el resto de acuerdos, puesto que se acordó que pueda acogerse a la Directiva 90/435/CEE del Consejo, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y a la Directiva 2003/49/CE del Consejo, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas entre diferentes Estados miembros que las dejaba fuera de su ámbito de aplicación.

Además al acuerdo se adjuntaba un Protocolo de Acuerdo auxiliar entre Suiza y la Comunidad Europea y sus Estados miembros que fija el

⁸¹⁴ Decisión 2004/912/CE del Consejo, de 25 de diciembre de 2004 relativa a la celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la fecha de aplicación del “Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses” (DOL 29 diciembre 2004, núm. 385).

⁸¹⁵ En todos ellos tanto los porcentajes de retención como los de reparto de la recaudación obtenida coinciden con los previstos para Austria, Bélgica y Luxemburgo.

compromiso para las partes de entablar negociaciones bilaterales para incluir en sus correspondientes Convenios de Doble Imposición disposiciones relativas al intercambio de información cuando se solicite en casos de fraude fiscal o delito asimilado relacionado con rentas no sujetas al Acuerdo que, como se verá posteriormente, ha quedado superado por la realidad de los hechos.

La generalización de los mercados financieros liberalizados a nivel internacional, los progresos informáticos y el aumento de las transacciones internacionales ha conducido a una situación en la que los capitales se mueven libremente a nivel mundial y en la que resulta imprescindible disponer de un adecuado nivel de información para la correcta aplicación de los tributos por parte de las Administraciones Tributarias.

Ello conlleva la necesidad de establecer un instrumento jurídico regulador a nivel internacional del factor capital, pues ya se ha evidenciado que su falta ha conllevado la deslocalización de rentas hacia países con legislaciones fiscales más permisivas con el aumento de la competencia fiscal perniciosa (mencionada en capítulos anteriores) que ello conlleva, o hacia países que disfruten de secreto bancario, con la consecuente elusión fiscal⁸¹⁶. La opacidad de que suelen hacer gala estos territorios se pone de manifiesto en la dificultad o imposibilidad de recabar información con trascendencia fiscal acerca de personas físicas o jurídicas residentes en otro país, con la consecuente deslocalización de rentas y elusión fiscal.

En la actualidad la economía financiera se ha impuesto a la economía real y ha dejado de estar ligada a ella, presentando amplias oportunidades de negocio claramente especulativo. Ello se nutre de una amplia libertad de movimientos de capitales que fomenta la competencia fiscal entre

⁸¹⁶ Vid. VILLAR EZCURRA, M., “El control de ayudas de Estado y la competencia fiscal desleal” en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.): *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, op.cit., capítulo 44.

Estados con el fin evitar su fuga y atraer otros nuevos. De esta forma la fiscalidad se convierte en un coste más de la empresa, que tratará de maximizar sus beneficios a corto plazo eligiendo la legislación más favorable⁸¹⁷.

La situación en la Unión Europea es un buen ejemplo de ello, y presenta una difícil solución mientras el Tratado de Lisboa mantenga la regla de unanimidad en el Consejo para cualquier decisión que afecte a la libre circulación de capitales y a la armonización en materia fiscal⁸¹⁸. La competencia fiscal es inevitable en este contexto de libre circulación de capitales y falta de armonización en la imposición directa en la UE.

La liberalización de los movimientos de capitales que recoge el Acta Única de 1987⁸¹⁹ no se vio acompañado de un marco legal armonizado por cuanto, en lugar de aprobar una legislación financiera común, se optó por la armonización de las legislaciones nacionales en algunos aspectos básicos con la intención de desregularizar al máximo la actividad financiera, ni tampoco por la creación de una autoridad comunitaria que supervise la aplicación de la normativa existente⁸²⁰.

⁸¹⁷ MONTERO DÍAZ, M., "Refugios extraterritoriales: un problema fiscal y financiero", *Cuadernos de formación*, núm. 10/2010, pág. 145.

⁸¹⁸ Armonización entendida como "el conjunto de normas y principios que tienden a la aproximación de los sistemas tributarios internos de los Estados miembros y a la evitación de distorsiones de origen fiscal", en FALCON Y TELLA, R., "La armonización en la jurisprudencia", *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 981.

⁸¹⁹ El mercado único para los sectores de la banca y de los seguros entró en vigor en enero de 1993, y para los valores bursátiles en 1996.

⁸²⁰ Tratando de solventar los problemas que causa se planteó la posibilidad de implantar la controvertida "tasa Tobin". Al respecto señala FALCON Y TELLA que "lo que no tiene mucho sentido es liberalizar desde el punto de vista sustantivo o administrativo para reintroducir por la vía fiscal barreras aleatorias y ajenas a los

Pero además esta libertad de movimientos no se limita a la propia UE, ya que la prohibición a las restricciones a la libre circulación de capitales también afecta a los movimientos con terceros países. En primer lugar afecta a los países que tienen la condición de país asociado y que utilizan el euro como moneda propia⁸²¹ y a los miembros del Espacio Económico Europeo (EEE)⁸²² obligados a trasponer las Directivas sobre el mercado único en materia de banca, seguros y valores. Suiza no ratificó el acuerdo⁸²³ y no forma parte del EEE y sus relaciones con la UE se rigen por un conjunto de tratados bilaterales⁸²⁴ manteniendo, además, una unión aduanera y monetaria con Liechtenstein. Para acabar de complicar la situación la UE mantiene asociaciones especiales con las antiguas colonias europeas con el objetivo inicial de colaborar a su desarrollo económico, pero que en muchos casos han acabado convirtiéndose en centros financieros offshore⁸²⁵.

procedimientos tributarios”, en FALCON Y TELLA, R., “La llamada *Tasa Tobin* o impuesto sobre las transacciones financieras especulativas”, *Quincena Fiscal*, núm. 9, 2001, págs. 6 y 7.

⁸²¹ Andorra, Mónaco y San Marino.

⁸²² El Espacio Económico Europeo (EEE) se crea en 1994 por acuerdo entre la UE y la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), que permitió a los países de esta última participar en el mercado interior de la UE sin adherirse a ésta. Liechtenstein, Islandia y Noruega se adhirieron al tratado, no así Suiza que no ratificó el acuerdo.

⁸²³ Referéndum nacional de 6 de diciembre de 1992.

⁸²⁴ Entre ellos el Acuerdo sobre la fiscalidad de los rendimientos del ahorro entre Suiza y la Comunidad Europea (Bilaterales II).

⁸²⁵ Existe una asociación especial con Anguila, las Islas Vírgenes Británicas, las Islas Turcas y Caicos, las Islas Caimán y Monserrat (territorios autónomos británicos), con las Antillas Neerlandesas y la Isla de Aruba (territorios con gobierno autónomo, dependientes de los Países Bajos).

Por su parte, las islas del Canal de la Mancha y la Isla de Man no son ni miembros ni asociados, sino que disfrutan de unas relaciones especiales ya contempladas en el

Esta situación, en la que se pueden mover libremente los capitales con origen en todo tipo de actividades en muchos casos mediante operaciones facilitadas por las entidades financieras que operan fuera de su territorio, y a la que, en ocasiones, se le añade una regulación que permite el secreto bancario, es la situación perfecta para la evasión fiscal.

La existencia de un sistema financiero transparente, supervisado y controlado y la actuación de forma coordinada en el contexto de un marco legal internacional es indispensable para la lucha contra el fraude fiscal. Ello no se puede llevar a cabo de forma efectiva cuando la tarea de supervisión de los diferentes aspectos de la operativa de las entidades financieras se sigue realizando desde sus territorios de origen cuando las operaciones se efectúan en diferentes territorios. No es posible una eficaz lucha contra el fraude fiscal sin un sistema financiero transparente, supervisado y controlado. Pero tampoco es posible abordar problemas de naturaleza global con instrumentos nacionales. Sin embargo, las autoridades de cada Estado se enfrentan a la falta de transparencia a través de la intervención de los centros offshore.

La realización de este tipo de operaciones financieras internacionales y en el ámbito de la UE, teniendo en cuenta que la evasión fiscal es inversamente proporcional a la probabilidad de ser descubierto⁸²⁶, supone un elevado riesgo en lo que respecta a las rentas derivadas del ahorro fundamentalmente debido a dos factores objeto de esta investigación:

Tratado de Adhesión del Reino Unido (1973) y cuyo status peculiar se sigue manteniendo en el Tratado de Lisboa.

Gibraltar goza también de una situación especial, derivada del Tratado de Adhesión del Reino Unido. Forma parte del territorio comunitario en virtud del actual art. 311 del Tratado de Lisboa, sólo aplicable a Gibraltar, que se aplica a los territorios en los que un país miembro es responsable de sus relaciones externas.

⁸²⁶ STEFANI, G., "La liberalizzazione dei movimenti di capitali nella CEE e rischi di distorsioni ed evasioni fiscali", *Bolletino Tributario*, núm. 19, 1989, pág. 1450.

- La ausencia de un sistema automático de intercambio de información tributaria entre las Administraciones de los distintos Estados miembros.
- La existencia de secreto bancario en algunos países comunitarios (Austria o Luxemburgo) y en otros no comunitarios (Suiza).

Si a ello le unimos el hecho de que en muchos de los miembros de la UE los rendimientos del ahorro están exentos para los no residentes con el fin de atraer las inversiones extranjeras, podemos concluir que el riesgo de elusión y evasión fiscal en la UE es alto. Esta concesión de beneficios fiscales⁸²⁷, señala CALDERÓN CARRERO, supone el marco ideal para la aparición de la competencia fiscal perniciosa⁸²⁸.

Por último la fiscalidad del ahorro presenta un tercer efecto negativo que se suma a los dos anteriores; las distorsiones fiscales. Debido a la eliminación del riesgo de cambio y de las diferencias de tipo de interés por la utilización de una moneda única el coste fiscal se convierte en una variable fundamental a la hora de calcular la rentabilidad de una inversión lo que afecta a la neutralidad fiscal. La eliminación de los riesgos unida a las variaciones de los tipos de cambio y de los tipos de interés (consecuencia de la introducción del euro), y a la aparición de la competencia fiscal pueden provocar que se invierta en un activo no por sus características propias sino por la variable fiscal, a causa de la importancia de la fiscalidad en la determinación del rendimiento neto de ese activo, afectando a la neutralidad fiscal.

La mayor parte de la doctrina considera que la supresión del secreto bancario y la comunicación de información tributaria entre las distintas

⁸²⁷ En España, por ejemplo, el tratamiento fiscal favorable para determinadas entidades canalizadoras de inversiones como las instituciones de inversión colectiva.

⁸²⁸ Vid. CALDERÓN CARRERO, J. M., "El intercambio de información entre administraciones tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa", op.cit., págs. 270 y ss.

Administraciones interesadas serían suficientes para eliminar los problemas de competencia fiscal y fraude. La Comisión Europea presentó distintos estudios en los que se hacía hincapié en la necesidad de mayor coordinación fiscal⁸²⁹ que dieron lugar a la adopción por unanimidad en 1997 de una serie de medidas conocidas como “Monty package” en busca de una actuación global de la Comunidad Europea para combatir la competencia fiscal. El package incluyó, una Propuesta de elaboración de un Código de Conducta, de una Directiva sobre la fiscalidad en ahorro y de una Directiva sobre el tratamiento fiscal de cánones e intereses de fuente europea⁸³⁰.

La Directiva 2003/48/CE pretende hacer frente al problema de los residentes en la UE que mantienen sus ahorros en otros países de la Unión con la intención de ocultar activos y eludir impuestos. Constituye un primer paso en la UE en cuanto supone la implantación de una norma que afecta a todos los Estados miembros en el ámbito de la imposición directa que, sin suponer una armonización, sí implica una cierta coordinación de las autoridades fiscales⁸³¹ con el objetivo de que las rentas del ahorro

⁸²⁹ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *La fiscalidad en la Comunidad Europea*, 20 de abril de 1996.

⁸³⁰ La propuesta se plasmó en la aprobación de la Directiva 2003/48/CE (modificada fundamentalmente por la Directiva por las Directivas 2004/66/CE y 2006/98/CE) en materia de fiscalidad del ahorro y en la aprobación de la Directiva 2003/49/CE (modificada fundamentalmente por las Directivas 2004/66/CE y 2004/76/CE) sobre intereses y cánones entre empresas asociadas

⁸³¹ Tal como se ha apuntado en la Exposición de motivos de la Directiva y ha sido comentado por parte de la Doctrina, la Directiva del ahorro, no es tanto un instrumento de armonización fiscal (grado superior de homogeneidad) ni de coordinación fiscal (grado inferior) sino una mera aproximación de las legislaciones de los Estados miembros. Vid., LAS HERAS, M. A. “La armonización de la fiscalidad directa y la libre circulación de capitales; los incentivos a competir con la tributación del ahorro”, *Hacienda Pública Española*, IEF, núm. 1, 1990. Otros autores como GUTIÉRREZ LOUSA, M. en “La Directiva 48/2003/CE sobre fiscalidad del ahorro”, *Noticias de la Unión*

tributen en el Estado sede del beneficiario efectivo. Sus efectos se extienden más allá del ámbito de la UE puesto que con la finalidad de reducir el riesgo de la huida de capitales, la Directiva se aprobó con la condición de que sus disposiciones fuesen aceptadas por otros países y territorios del entorno europeo⁸³², de forma que también se aplica en Suiza, Mónaco, Liechtenstein, Andorra y San Marino⁸³³, así como a los territorios dependientes y asociados⁸³⁴.

Debido a las reticencias de los países miembros a ceder soberanía fiscal, a las diferencias existentes en materia de tributación del ahorro y a la existencia del secreto bancario en ciertos países⁸³⁵ la armonización en el ámbito de la fiscalidad del ahorro se realizó de forma sectorial para los distintos bloques en los cuales se ha desagregado el concepto fiscalidad del ahorro⁸³⁶, siendo la cesión a terceros de capitales propios el bloque que

Europea, núm. 254, 2006, págs. 59 a 7, entienden, sin embargo, que se trata de una Directiva de coordinación fiscal.

⁸³² Exposición de motivos de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003

⁸³³ Por acuerdos de la Unión Europea instrumentados mediante Decisiones del Consejo.

⁸³⁴ Mediante acuerdos bilaterales con cada uno de los Estados miembros.

⁸³⁵ Vid. GARCÍA NOVOA, C., "Pasado, presente y futuro de la fiscalidad europea de los mercados financieros", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214, 2002, págs. 76 a 80.

⁸³⁶ Se distingue entre inversiones reales e inversiones financieras. Dentro de estas se distingue entre la participación en fondos propios de sociedades (que generan dividendos como rendimiento) y la cesión a terceros de capitales propios a través de distintas operaciones de crédito que dan lugar a intereses.

En lo relativo a las inversiones reales, la armonización ha venido de la mano de la aplicación del principio de no discriminación, recogido en el artículo 39.2 del Tratado de la Comunidad Europea. En el segundo grupo de inversiones mediante la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990 (LCEur 1990, 920) , relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes

trata de armonizar la Directiva del ahorro. Ésta tiene como finalidad garantizar la imposición efectiva de los rendimientos del ahorro dentro de la Comunidad pero limitándose a los intereses transfronterizos generados dentro del ámbito territorial del acuerdo.

Este objetivo se trata de alcanzar estableciendo la obligación de intercambio de información entre los Estados implicados (el de la fuente y el de residencia del beneficiario de los intereses) estableciendo un marco legal por el que los países de la UE participen en un intercambio de información automática, identificando a las personas físicas residentes en otro Estado que perciben intereses, y el importe recibido por este concepto. No obstante, la existencia de secreto bancario en distintos países obligó a establecer dos regímenes, uno general y otro transitorio⁸³⁷, durante el que aquellos Estados deberán realizar los cambios pertinentes y sumarse al régimen general.

De este modo la Directiva, que entró en vigor en julio de 2005, no afecta por igual a todos los Estados o territorios. Austria, Bélgica y Luxemburgo⁸³⁸ disfrutaron inicialmente de un periodo transitorio en que

realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, la Directiva 90/435/CEE (LCEur 1990, 921) del Consejo, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, el Convenio 90/436/CEE del Consejo, de 23 de julio, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas, la Recomendación 94/390/CEE de la Comisión, de 25 de mayo de 1994 (LCEur 1994, 2092) , relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas y Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003 (LCEur 2003, 1952) , relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

⁸³⁷ Art. 10 Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003.

⁸³⁸ El 1 de enero de 2010 se produce la renuncia unilateral de Bélgica a continuar aplicando el régimen transitorio ante la inminente aplicación del tipo incrementado de retención al 35%.

reciben de otros Estados miembros la información que les corresponde dentro del intercambio automático de información, pero no suministran información al resto de Estados miembros sino que realizan una retención a cuenta sobre los pagos de intereses efectuados ingresando parte de esta retención al resto de Estados miembros en los que residan los beneficiarios efectivos⁸³⁹.

V.1.1 EL PROCESO DE DESARROLLO DE LA DIRECTIVA SOBRE LA TRIBUTACIÓN DEL AHORRO

Como anteriormente se indicó, el interés por conseguir una efectiva tributación del ahorro tiene como objetivo la eliminación del fraude fiscal en este tipo de rentas que en muchos casos tienen su origen en el blanqueo de dinero⁸⁴⁰ y por otro luchar contra los desplazamientos de capitales con el único fin de obtener la menor tributación como consecuencia de la competencia fiscal perniciosa. Todo ello se ha visto progresivamente favorecido por la libertad de circulación de capitales⁸⁴¹, la falta de intercambio de información entre las Administraciones tributarias y la integración de los mercados financieros europeos como consecuencia del euro⁸⁴².

La Directiva 88/361/CEE, que liberalizó los movimientos de capital, se

⁸³⁹ El artículo 11 de la Directiva establece que Austria, Bélgica y Luxemburgo practicarán una retención fiscal a cuenta del 15 por 100 durante los tres primeros años del periodo transitorio, del 20% el trienio subsiguiente y del 35 por 100 posteriormente.

⁸⁴⁰ IZQUIERDO LLANES, G., "La armonización de las retenciones sobre el ahorro en la Unión Europea: una visión económica", *Crónica Tributaria*, núm. 95, 2000, págs. 90 y 91

⁸⁴¹ Por la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio de 1988.

⁸⁴² Cfr. IZQUIERDO LLANES, G. "La armonización de las retenciones sobre el ahorro en la Unión Europea: una visión económica", *Crónica Tributaria*, núm. 95, 2000, pág. 88.

aprobó sin tomar ninguna medida que asegurara la imposición de los intereses, por lo que en el artículo 6.5 de la propia Directiva se instaba a la Comisión a presentar propuestas tendentes a suprimir o atenuar los riesgos de distorsión, de evasión y de fraude fiscal debidos a la diversidad de regímenes nacionales sobre la fiscalidad del ahorro y el control de su aplicación⁸⁴³.

Las vías de solución para hacer frente a estos problemas eran dos. Una consistía en el establecimiento de una tributación mínima y efectiva mediante una retención en el país en el que se generaran las rentas, aparte de que pudieran tributar igualmente en el país de residencia del perceptor en la forma pertinente. La otra era el establecimiento de un sistema efectivo de intercambio de información entre los países implicados, en el que el país donde se genera la renta comunique al país de residencia del perceptor la información necesaria para asegurar su efectiva tributación.

Con la intención de dar respuesta al problema planteado por la libre circulación de capitales en la imposición sobre el ahorro se presenta una propuesta el 8 de febrero de 1989 bajo el título de Propuesta de Directiva relativa a un Régimen Común de Retención a Cuenta sobre los Intereses⁸⁴⁴ en la que la Comisión se decanta por la primera de las alternativas planteadas; la retención en la fuente. En la propuesta se establecía una retención en la fuente del 15% (con posibilidad de incrementarse para los residentes) y se aconsejaba la modificación de la Directiva relativa a la asistencia mutua que facilitase el intercambio de información entre Estados miembros. La retención practicada se debía transferir íntegramente al país de residencia, y sería deducible del impuesto sobre la renta del

⁸⁴³ MONTAGNIER, G. "Harmonisation fiscale européenne", (marzo 1997-marzo 1999), *Revue Trimestrielle du Droit Européenne*, núm. 35, octubre-diciembre 1999, págs. 747 y 748.

⁸⁴⁴ Se conoció como "Propuesta Scrivener", nombre de la Comisaria que la presentó.

perceptor⁸⁴⁵.

A esta propuesta se opusieron desde un principio Reino Unido, Países Bajos, República Federal Alemana y Luxemburgo. Destaca la oposición de Luxemburgo que era el principal receptor de capitales extranjeros y que defendía, a toda costa, el secreto bancario. Otros países fundamentaron su oposición en el riesgo de fuga de capitales a terceros países donde no se vieran sometidos a tanto control y el coste fiscal fuera más reducido, decantándose por la opción de la declaración obligatoria de los rendimientos del capital a la Administración⁸⁴⁶. Ante la fuerte oposición desatada, antes de un mes la Comisión ya había renunciado a proseguir la defensa de la Propuesta⁸⁴⁷, y no llegó a ser dictaminada por el Parlamento Europeo.

De esta manera, la Directiva sobre liberalización de los capitales entró en vigor sin verse acompañada de un marco legal armonizado y de previsiones fiscales sobre los rendimientos de los capitales liberalizados. Como era previsible los Estados miembros procedieron a adoptar medidas en sus sistemas fiscales para declarar exentos los rendimientos obtenidos por no residentes⁸⁴⁸, con lo que la evasión fiscal estaba servida al carecer

⁸⁴⁵ Se había previsto también que los Estados miembros pudieran sustituir el instrumento de retención en la fuente por un régimen de declaración automática de los intereses a la Administración fiscal del país de residencia.

⁸⁴⁶ Seguramente fue determinante para la retirada de esta propuesta Directiva, la enorme reacción que se produjo, consistente en la transferencia de la inversión de Alemania a Luxemburgo, cuando se introdujo en el primer país una retención en la fuente de los intereses en 1989. Vid. GARCÍA CARACUEL, M., "El supuesto de retención en la Directiva 2003/48/CE", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 1/2005.

⁸⁴⁷ Vid. MONTAGNIER, G., "Harmonisation fiscale européenne", (marzo 1997-marzo 1999), *Revue Trimestrielle du Droit Européenne*, op. cit., pág. 748.

⁸⁴⁸ En España mediante el artículo 17.a) de la Ley 18/91 de IRPF.

las autoridades de su país de origen de información⁸⁴⁹.

Hubo que esperar a 1996 para retomar el proyecto de Directiva partiendo de los documentos elaborados por el Consejo de Economía y Finanzas (ECOFIN)⁸⁵⁰, que decidió la formación de un Grupo de Política Fiscal integrado por representantes de los Ministerios de Fianzas de los Estados miembros y presidido por el entonces Comisario de Fiscalidad Mario Monti, encargado de analizar las consecuencias para el correcto funcionamiento del mercado único de la tributación directa. El trabajo del "grupo Monti" se refleja en el "Informe sobre la Evolución de los sistemas tributarios" presentado por la comisión el 22 de octubre de 1996 en el que se concluye que las distorsiones creadas por el favorable tratamiento fiscal que recibían los rendimientos del ahorro suponía una importante pérdida recaudatoria y un correlativo aumento de la presión fiscal sobre los rendimientos del trabajo para compensar dicha pérdida⁸⁵¹. El informe final de la Comisión concluye la necesidad de actuar sobre las rentas del capital mediante una retención mínima en la fuente, el intercambio de información o mediante la conjunción de ambas medidas.

El Consejo dio un mandato a la Comisión para que presentara las medidas concretas que deberían incluirse en lo que desde entonces se denominó "paquete fiscal". En respuesta a éste mandato, la Comisión emitió la Comunicación de 1 de octubre de 1997 titulada "Hacia la coordinación de la fiscalidad en la Unión europea, paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa". La Comisión presentó en 5 de noviembre de 1997 la Comunicación titulada "Paquete de

⁸⁴⁹ Vid. PASTORIZA VÁZQUEZ, J. S., "La Directiva 2003/48/CE. Un nuevo paso hacia la armonización de la tributación de las rentas derivadas del capital en la UE" *Quincena Fiscal*, núm. 11, junio 2004, págs. 45 y 46.

⁸⁵⁰ Verona 13 y 14 de abril de 1996.

⁸⁵¹ Cfr. MALHERBE, J., "Fiscalité européenne de l'épargne: une Directive en attente", *Revue Droit Fiscal*, núm. 47 de 20 de noviembre de 2002, págs. 1546 y ss.

medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea”, en la que, se propone la adopción de una serie de medidas que rápidamente pasaron a ser conocidas como “Paquete Monti”. En el ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 se acuerda el encargo a la Comisión de presentar una propuesta de Directiva sobre régimen común aplicable a los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas. Esta propuesta fue impulsada por el comisario Monti⁸⁵².

El concepto clave que define la filosofía bajo el que se inscribe la filosofía del nuevo enfoque es el de “competencia fiscal perniciosa” (harmful tax competition), concepto que por entonces estaba adquiriendo carta de naturaleza en los ámbitos especializados relacionados con la fiscalidad internacional. Esta propuesta debería pivotar sobre tres ejes; no limitar el pago de intereses en un Estado miembro a residentes de otro Estado miembro, convivencia entre un sistema de retención en la fuente y de suministro de información de las rentas del ahorro y, por último la adopción de medidas similares por parte de terceros países para no perjudicar la competitividad de los países europeos.

En 20 de mayo de 1998 la Comisión presentó la Propuesta de Directiva destinada a garantizar un mínimo de imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de la Comunidad conocida como Propuesta Monti. Basándose en esta propuesta la Comisión elabora una proposición de Directiva el 8 de julio de 1998 en la que la principal novedad consiste en que establece un sistema mixto de retención en la fuente y de suministro de información (conocido como “modelo de coexistencia”), pese a que en aquel momento el sistema de retención parecía contar con más adeptos por las dificultades que planteaba la existencia del secreto bancario para el intercambio de información⁸⁵³. La

⁸⁵² Comisario europeo a cargo del Mercado interior, servicios financieros, de la aduana, de la fiscalidad directa y de la fiscalidad indirecta.

⁸⁵³ Cfr. GARCÍA CALVENTE, Y., “El régimen de información en la Propuesta de

aplicación de dicho mecanismo de retención, era completamente diferente al mecanismo previsto por la Propuesta de Directiva de 1989 y presentaba graves dificultades técnicas⁸⁵⁴. La directiva se aplicaba solamente respecto de los pagos satisfechos a personas físicas residentes en otro Estado miembro, dejando fuera a las personas jurídicas.

Como en la actual Directiva del ahorro, el modelo de coexistencia permitía a cada Estado optar por aplicar una retención a cuenta sobre los intereses⁸⁵⁵ o por la comunicación al Estado de residencia del beneficiario. Se establecía una retención mínima del 20% que podía aumentarse por los Estados miembros y que podía ser evitada mediante la emisión de un certificado en el que el pagador se compromete a enviar la información pertinente a la autoridad tributaria del país de residencia del perceptor.

Y de nuevo sale a relucir el problema del secreto bancario, pues Austria y Luxemburgo se oponen a levantarlo, y defienden un sistema único de retención sin intercambio de información para proteger su secreto bancario alegando principalmente razones técnicas como la complejidad en la expedición del certificado de exoneración de la retención⁸⁵⁶, frente a la postura del resto de países miembros que apoyaban el sistema de intercambio de información. El Reino Unido también se opuso, pero por motivos económicos, pues se oponía a la aplicación de la retención en la fuente a los rendimientos de los eurobonos que en la proposición de 1989

Directiva sobre imposición mínima de intereses”, *Impuestos*, núm. 22, 2000, págs. 32 a 35.

⁸⁵⁴ Cfr. GARCÍA PRATS, F. A. “La propuesta de Directiva de la Imposición sobre el Ahorro: algunos apuntes”, *Crónica Tributaria*, núm. 96, 2000, págs. 50 y 51.

⁸⁵⁵ Se consideraban intereses los satisfechos por operaciones de crédito, los derivados de participación en organismos de inversión colectiva y los derivados de valores mobiliarios, ya fuesen abonados de forma explícita o mediante la diferencia de precio entre lo obtenido en el reembolso y lo abonado en la adquisición.

⁸⁵⁶ Cfr. MONTAGNIER, G., *Harmonisation fiscale européenne...*, op. cit., pág. 749.

quedaban exentos.

Esta Propuesta finalmente no se aprobó por el temor que inspiraba en los Estados miembros la previsible deslocalización de capitales hacia otros países en busca de condiciones fiscales más ventajosas y en los que no se aplicara el intercambio de información, y por la férrea oposición de Reino Unido y Luxemburgo. La Propuesta de la Comisión fue objeto de informe por parte del Parlamento Europeo, que aprobó su Dictamen en 10 de febrero de 1999, pero en el Consejo no reunió la unanimidad requerida para la aprobación de la Directiva. Durante su elaboración se establecieron contactos con Suiza, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Andorra e, incluso, Estados Unidos y Japón, con la finalidad de conocer su postura frente al modelo mixto que se planteaba.

El Consejo Europeo acordó en diciembre de 1999 que la cuestión se siguiera discutiendo en el Grupo de Trabajo de alto nivel sobre materias fiscales tomando como base la idea de que todos los ciudadanos europeos deberían contribuir por las rentas procedentes de sus ahorros. La idea que prevalecería en este grupo de trabajo era la sostenida por el Tesoro británico⁸⁵⁷ de establecer un sistema de intercambio de información para permitir que cada Estado aplicara a sus residentes sus normas internas de tributación de los rendimientos del ahorro, que se plasmaría finalmente en el principio de acuerdo sobre la Directiva de fiscalidad del ahorro que el ECOFIN presentó al Consejo Europeo⁸⁵⁸.

Las líneas básicas de este acuerdo eran:

- Alcanzar el máximo de intercambio automático de información posible con levantamiento del secreto bancario a efectos fiscales, manteniendo la

⁸⁵⁷ HM TREASURY, *Exchange of Information and the Draft Directive on Taxation of Savings*, febrero de 2000. Disponible en <http://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vi7jgml4ojvr>

⁸⁵⁸ Consejo Europeo de Santa María de Feira, 19 y 20 de junio de 2000.

opción para determinados países⁸⁵⁹ de aplicar, en lugar del suministro de información, una retención a cuenta. La retención en la fuente queda pues como un instrumento accesorio, residual y transitorio para determinados países que necesitasen un período de adaptación.

- Subordinación⁸⁶⁰ de la aplicación de la Directiva a la adopción de “medidas equivalentes” por parte de Estados Unidos y países terceros clave (Suiza, Liechtenstein, Mónaco, Andorra y San Marino), con los que se habrían de entablar negociaciones. Por otra parte, los Estados miembros se comprometen a la aplicación de las “mismas medidas”⁸⁶¹ en los territorios dependientes o asociados correspondientes (Islas del Canal, Isla de Man y territorios dependientes o asociados del Caribe).

- Una vez aprobada la Directiva los Estados miembros autorizados a aplicar la retención convendrán en poner en práctica el intercambio de información en cuanto las condiciones lo permitan y, en cualquier caso, en un plazo máximo de siete años después de la entrada en vigor de la Directiva.

El ECOFIN, reunido en Bruselas el 26 y 27 de noviembre de 2000, aprueba la parte esencial de la nueva propuesta de Directiva, de modo que finalmente la Propuesta de Directiva del Consejo se publicó el 18 de julio de 2001. Después del pertinente dictamen del Parlamento Europeo,

⁸⁵⁹ La propuesta de Directiva de 1998 incorporaba un modelo de coexistencia que ofrecía a los Estados miembros la libre elección entre aplicar una retención a cuenta en la fuente o proporcionar información sobre el pago de intereses a los individuos residentes en otros Estados miembros.

⁸⁶⁰ Esta idea de subordinación, que no aparecía en la propuesta de 1998, fue objeto de amplio debate.

⁸⁶¹ Está distinción entre “medidas equivalentes”, que se pretendían acordar con los terceros países y las “mismas medidas” a aplicar en los territorios dependientes, resultará relevante en la futura fijación del fin del periodo transitorio establecido en la Directiva 2003/48.

finalmente la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, fue aprobada el 3 de junio de 2003, constituyendo el intercambio de información el mecanismo principal para permitir la imposición efectiva de los intereses en el Estado miembro de residencia del beneficiario efectivo de los mismos. El plazo para la transposición por los Estados miembros se extendía hasta 1 de enero de 2004 y la entrada en vigor de la Directiva en 1 de enero de 2005, si bien éste último se extendió hasta el 1 de julio de 2005⁸⁶².

Respecto a su transposición al ordenamiento español, inicialmente la Ley de Ley de acompañamiento 62/2003, de 30 diciembre introdujo en la Ley del IRPF el apartado 11 del artículo 82 relativo a la deducción de las retenciones derivadas de la aplicación de la Directiva⁸⁶³. Su transposición completa se llevó a cabo por el RD 1778/2005 de 30 de julio⁸⁶⁴, por el que

⁸⁶² Por acuerdo del Ecofin de 19 de julio de 2004. El motivo fue las negociaciones de “medidas equivalentes” con terceros países. En este sentido vid. PÉREZ ROYO, F. “La Directiva 2003/48/CE, sobre fiscalidad del ahorro y su transposición al ordenamiento español”, *Quincena Fiscal*, núm. 21, 2004, pág. 12 y ss.

⁸⁶³Tercero. Con efectos desde el día 1 de enero de 2005, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias:

Uno. Se añade un párrafo e) al artículo 65, que quedará redactado de la siguiente manera:

“e) Las retenciones a que se refiere el apartado 11 del artículo 82 de esta Ley”.

Dos. Se añade un apartado 11 al artículo 82, que quedará redactado de la siguiente manera:

“11. Tendrán la consideración de pagos a cuenta de este Impuesto las retenciones a cuenta efectivamente practicadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses”.

⁸⁶⁴ Añade al Real Decreto 2281/1998, de 23 de octubre, por el que se desarrollan las

se establecen obligaciones de información respecto de las participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea.

La Orden EHA 2339/2005, de 13 de julio, aprueba el modelo 299 de declaración anual de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea y en otros países y territorios con los que se haya establecido un intercambio de información, y complementariamente la Resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de 21 de julio de 2006, que contempla el procedimiento para la recepción de ingresos procedentes de otros Estados por España⁸⁶⁵.

V.2 ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DIRECTIVA

V.2.1 EL CONCEPTO DE INTERESES EN LA DIRECTIVA

En primer lugar hay que precisar qué es lo que se entiende por intereses a los efectos de la aplicación de la Directiva al constituir la idea de “pago de intereses” el concepto central de la misma, ya que su finalidad es, como hemos señalado, permitir la armonización de la tributación de este tipo de rendimientos.

El concepto tradicional de interés se amplía con la intención de abarcar

disposiciones aplicables a las mencionadas obligaciones de suministro de información a la Administración tributaria, dos nuevos Capítulos dedicados a las obligaciones de información en relación con participaciones preferentes (Capítulo V) y a las obligaciones de información sobre determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea (Capítulo VI).

⁸⁶⁵ SERRANO PALACIO, C., “Efectos positivos y perniciosos de la Directiva del Ahorro desde el punto de vista de la gestión tributaria”, *Cuadernos de Formación*, núm. 2/2006, IEF, pág. 101.

todas las formas de retribuir el capital en las que la elusión o minoración del gravamen sea el criterio determinante para invertir en uno u otro Estado de la UE y conseguir su tributación en el Estado de residencia del inversor. Es por ello que la Directiva deja fuera de su ámbito de aplicación otras formas de ahorro en las que la fiscalidad no resulta tan relevante a la hora de decidir el lugar de inversión, como puede ser el caso de los dividendos⁸⁶⁶.

El ámbito de aplicación objetivo de la Directiva, se limita a la tributación de los rendimientos del ahorro en forma de pagos de intereses de créditos, con la exclusión expresa, de las vinculadas a la imposición de pensiones y prestaciones de seguros⁸⁶⁷, además de otros tipos de instrumentos de ahorro como son los productos derivados. El extenso artículo 6 recoge una definición de pago de intereses según la cual a estos efectos el concepto de intereses incluye: los intereses pagados o contabilizados relativos a créditos de cualquier clase; los intereses devengados o capitalizados obtenidos en el momento de la cesión, el rescate o el reembolso de cualquier tipo de crédito y los rendimientos procedentes de pagos de intereses, directamente o a través de una serie de entidades entre las que destacan los Organismos de Inversión Colectiva en valores mobiliarios. Esto incluye los rendimientos de fondos públicos, obligaciones, pagarés o primas. Igualmente se considera intereses, los importes devengados por productos financieros como los intereses

⁸⁶⁶ Las perspectivas de beneficio empresarial constituyen en este caso el criterio fundamental para adoptar la decisión de inversión. En este sentido véase SIMÓN ACOSTA, E. y MATEO RODRÍGUEZ, L., “La armonización de la imposición sobre la renta del capital mobiliario”, *Impuestos*, núm. 12, 1986, págs. 121 y 122.

⁸⁶⁷ Aunque el articulado de la Directiva no menciona expresamente esta exclusión, sí que lo hace la Introducción o exposición de motivos: “El ámbito de aplicación de la presente Directiva debe limitarse a la tributación de los rendimientos del ahorro en forma de pagos de intereses de créditos, con la exclusión entre otras cosas, de las cuestiones vinculadas a la imposición de pensiones y prestaciones de seguros”.

capitalizados, los rendimientos distribuidos por instituciones de inversión colectiva de distribución, los incentivos en activos de renta fija, los rendimientos distribuidos por instituciones de inversión colectiva mixtos o de instituciones de inversión colectiva de capitalización cuando tengan al menos un 40% del activo invertido en productos de renta fija⁸⁶⁸. Los recargos aplicados por pago atrasado, no se consideran intereses.

La Directiva toma en consideración un concepto amplio de intereses, más acorde con el Derecho Internacional Financiero, en lugar de lo que nuestro ordenamiento denomina rendimientos del capital mobiliario. Este concepto no es original puesto que es casi idéntico al contenido en el artículo 11.3 del MCOCDE⁸⁶⁹, y no cubre definiciones de interés con arreglo a la legislación interna.

V.2.2 EL PERIODO TRANSITORIO Y EL SISTEMA DE RETENCIÓN A CUENTA

La Directiva 2003/48 presenta una diferencia sustancial con la propuesta de 1998 en lo referente al sistema de retención puesto que en la Directiva se elimina el sistema de coexistencia y se establece el sistema de intercambio de información como régimen general combinado con la posibilidad para una serie de Estados de optar por un sistema de retención excepcional y transitorio, necesario como ya vimos para alcanzar el

⁸⁶⁸ Vid. DELMAS GONZÁLEZ, F. J., “La Directiva sobre fiscalidad del ahorro”, *Documentos IEF*, núm. 19/02.

⁸⁶⁹ “Artículo 11. *Intereses*.

.....3. El término “intereses”, en el sentido de este Artículo, significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en las utilidades del deudor, y en particular las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente Artículo.”

consenso entre todos los Estados miembros permitiendo a los tres países citados mantener el bancario respecto de los no residentes durante un determinado período de tiempo, con la contrapartida de aplicar durante el mismo un régimen de retención a cuenta.

La Directiva regula la retención a cuenta en su artículo 11, pero sobre el supuesto de retención contemplado en el mismo, conviene recordar que debido a la existencia de diferencias estructurales, el artículo 10 establecía un período transitorio para Austria, Bélgica⁸⁷⁰ y Luxemburgo durante el que estarían sometidos a la práctica de la retención en la fuente quedando excluidos del intercambio automático de información con el resto de los Estados. En realidad lo que se pretende con esta particularidad es eximirlos de la obligación de proporcionar la correspondiente información, aunque sí tienen el derecho a recibir información de otros Estados. La idea de aplicarles un sistema de retención en la fuente como alternativa se basa en que con el mismo puede garantizarse un nivel mínimo de imposición efectiva en el país de residencia.

Esta excepción tiene su origen en la existencia de una arraigada tradición en materia de secreto bancario en los Estados miembros mencionados, constituyendo un mecanismo de protección que se encuentra reconocido en la constitución austríaca, en una ley constitucional belga y en una ley ordinaria luxemburguesa⁸⁷¹.

De este modo a los tres países mencionados, y a algunos territorios dependientes o asociados⁸⁷², se les concedió la opción de aplicar una

⁸⁷⁰ El 1 de enero de 2010 se produce la renuncia unilateral de Bélgica a continuar aplicando el régimen transitorio desde el momento en que entre en aplicación el tipo incrementado de retención del 35 por 100 que prevé la Directiva.

⁸⁷¹ PASTORIZA VÁZQUEZ, J. S., “Il periodo transitorio nella direttiva risparmio”, *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, op. cit., nota al pie núm. 52, pág. 280.

⁸⁷² También se aplica en ciertos territorios dependientes o asociados del Reino Unido y de los Países Bajos: Jersey, Isla de Man, Guernsey, Alderney y Herm, Islas

retención en la fuente con un porcentaje variable en lugar de comunicar información tributaria. Los países miembros que hayan optado por el sistema de retención no estarán obligados a comunicar información pero tienen derecho a recibirla de los demás, tal y como señala el artículo 10.

El tipo de la retención se estableció en el 15 por 100 durante los tres primeros años, del 20 por 100 durante el trienio subsiguiente y del 35 por 100 posteriormente. En el artículo 12 se regula la distribución de la recaudación obtenida con la retención entre el Estado que la práctica y el Estado de residencia del beneficiario efectivo: 75 por 100, para el primero; 25 por 100 para el segundo⁸⁷³. La exacción de la retención a cuenta no impedirá al Estado miembro de residencia del beneficiario efectivo gravar el rendimiento conforme a su legislación nacional⁸⁷⁴, ni impide establecer nuevas retenciones⁸⁷⁵.

Para evitar la doble imposición la Directiva establece que el Estado de residencia del perceptor podrá establecer bien un procedimiento de reembolso directo de la retención, bien un procedimiento de crédito de

Virgenes Británicas, Islas Turcas y Caicos y Antillas Neerlandesas. Por el contrario, en Aruba, Montserrat, Anguila e Islas Caimán, se efectúa el intercambio de información. Asimismo, la retención se aplica en los siguientes terceros Estados: Suiza, Mónaco, Andorra, San Marino y Liechtenstein.

⁸⁷³ Con ello se consigue de una parte evitar la doble imposición, y de otra, compensar al Estado de la fuente por los gastos originados en la recaudación de la retención.

⁸⁷⁴ Art. 11 Directiva 2003/48.

⁸⁷⁵ Art. 17 Directiva 2003/48. Podrían producirse conflictos entre la Directiva y los CDI en el supuesto de un deudor-agente pagador establecido en un Estado miembro que aplicase la retención de la Directiva y un beneficiario efectivo residente en otro Estado miembro, si el CDI existente entre ambos Estados no previese retención sobre los intereses.

impuesto⁸⁷⁶. Con la finalidad de permitir que los sujetos afectados elijan entre recibir sus pagos con retención o evitar ésta aceptando en su lugar, que se facilite información la Directiva, en su artículo 14 recoge las excepciones al régimen de retención a cuenta si el Estado de residencia del beneficiario efectivo puede conocer la información relevante, bien mediante la obtención de un certificado del Estado de residencia con los datos del beneficiario efectivo y el nombre y dirección del agente pagador (válido por tres años), o bien que el beneficiario efectivo autorice expresamente al agente pagador para que facilite la información conforme a lo establecido en el régimen de intercambio de información.

Dentro del régimen transitorio, en el art. 15 de la Directiva, se regula una especialidad respecto a los instrumentos de deuda negociables⁸⁷⁷, por la que se establece que las obligaciones nacionales e internacionales y demás instrumentos de deuda negociables que hayan sido emitidos antes de 1 de marzo de 2001, o cuyos folletos hayan sido aprobados antes de esa fecha, no se considerarán créditos. Eso significa que durante el período transitorio los pagos o rendimientos derivados de dichos instrumentos no estarán sujetos a la retención, ni tampoco al suministro de información previsto en el régimen general.

El inicio del período transitorio, durante el cual el sistema general de intercambio automático de información coexiste con el de retención a cuenta que podrán aplicar los tres países exceptuados del régimen general,

⁸⁷⁶ Art. 14 Directiva 2003/48.

⁸⁷⁷ En este régimen de derechos adquiridos (se conoce como “grandfathering clause” en inglés y “clause du grand père” en francés), se distingue entre las emisiones “soberanas” (de gobiernos o entidades asimiladas, enumeradas en un anexo) y las de otros emisores (empresas). En el primer caso, si con posterioridad a 1 de marzo de 2002, el emisor efectúa otra emisión de los mismos títulos, el conjunto de la emisión, es decir, la originaria y las sucesivas quedará sujeto a información o retención a cuenta. En cambio, si el emisor es privado, la nueva emisión quedará sujeta a la Directiva pero se mantendrá el régimen transitorio para la emisión original

comenzó a partir de la fecha prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 17, es decir en el momento en que se adoptaron medidas equivalentes por parte de terceros países clave (Suiza, Liechtenstein, San Marino, Mónaco, Andorra y los Estados Unidos) y se celebraron acuerdos con los territorios dependientes o asociados de los Estados Miembros.

Respecto a su finalización el art. 10 señala que concluirá al final del primer año fiscal completo posterior a la última de las fechas siguientes:

-la fecha de entrada en vigor de un acuerdo entre la Comunidad Europea y el último de los siguientes países: la Confederación Suiza, el Principado de Liechtenstein, la República de San Marino, el Principado de Mónaco y el Principado de Andorra, por el que se disponga el intercambio de información previa petición, tal y como se define en el Acuerdo modelo de la OCDE en materia de intercambio de información sobre asuntos fiscales publicado el 18 de abril de 2002, con respecto a los pagos de intereses, definidos en la presente Directiva efectuados por agentes pagadores establecidos en sus propios territorios a beneficiarios efectivos residentes en el territorio cubierto por la Directiva, además de la aplicación simultánea por esos mismos países de una retención a cuenta sobre la retirada de dichos pagos al tipo definido para los períodos correspondientes a que se refiere el apartado 1 del artículo 11.

- la fecha en que el Consejo acuerde por unanimidad que los Estados Unidos de América se comprometan a intercambiar información previa petición, tal como se define en el Acuerdo modelo de la OCDE, con respecto a los pagos de intereses, tal como se definen en la presente Directiva, efectuados por agentes pagadores establecidos en su territorio a beneficiarios efectivos residentes en el territorio cubierto por la Directiva.

Por tanto, el período transitorio tendría, no la duración determinada de siete años que contenía la Propuesta presentada por la Comisión, sino que acabó siendo un período de duración indeterminada, ya que quedó

supeditado a la firma de acuerdos sobre intercambio de información con los países que se mencionan en el artículo 10.2 de la Directiva⁸⁷⁸.

La aprobación final por parte del ECOFIN de la modificación de la Directiva del Ahorro por la Directiva 2014/48/UE del Consejo de 24 de marzo de 2014⁸⁷⁹, que recoge el acuerdo unánime de los países miembros, de aplicar el intercambio automático de información, supone la finalización del periodo transitorio para Austria y Luxemburgo en la fecha de entrada en vigor de la Directiva del Ahorro modificada prevista para el 1 de enero de 2016.

V.2.3 EL AGENTE PAGADOR Y EL BENEFICIARIO EFECTIVO.

En la Directiva el concepto de pagador resulta relevante únicamente, a los efectos de identificar al beneficiario de las rentas y posibilitar mediante la comunicación de los datos oportunos, su tributación en el Estado de residencia. La Directiva, en el art. 4, impone una serie de obligaciones al sujeto que define como agente pagador, que es el que queda sometido a las obligaciones tributarias de su Estado de residencia. El mismo art. 4 en su apartado 1 define el agente pagador como “cualquier operador económico que pague intereses al beneficiario efectivo, o le atribuya el pago de intereses para su disfrute inmediato”.

El agente pagador puede ser el mismo deudor o puede ser un intermediario (por ejemplo un banco), que actúa a favor del deudor o del beneficiario efectivo de los intereses. La Directiva establece que sólo un sujeto será considerado agente pagador de modo que cuando haya varios se tendrá en cuenta solamente el último de los mismos, aquel que realice el

⁸⁷⁸ Entre otros Suiza. Por lo que a este país respecta ya ha comenzado a firmar y revisar CDI que recogen la redacción del art. 26 del MCOCDE.

⁸⁷⁹ DOUE de 15 de abril de 2014.

pago al beneficiario efectivo o lo atribuya para su disfrute inmediato⁸⁸⁰.

Además de las anteriores se considera agente pagador a ciertas entidades descritas en el apartado 2 del artículo 4 a las que suele denominar “entidades residuales”⁸⁸¹. Se trata de entidades que no sean personas jurídicas, ni estén sujetas a tributación en el Impuesto sobre los beneficios y no sean una Institución de Inversión Colectiva (IIC)⁸⁸². Se trata de una categoría residual de entidades que no pueden ser objeto de una supervisión tan estricta por las autoridades tributarias como los agentes pagadores estándar, por lo que podrían escapar fácilmente de la aplicación de la Directiva. Al incluirlas como agentes pagadores se pretende evitar que los inversores eludan la aplicación de la Directiva “interponiendo entre ellos entidades como trusts, partnerships o grupos de inversión para desempeñar la función de agente pagador”⁸⁸³.

La Directiva se aplica a los intereses que reciben estas entidades en lugar de a los intereses que pagan. La consideración de agente pagador por estas entidades se adquiere “en el momento del pago o de la atribución del pago”, es decir en el mismo momento en que reciben un pago de intereses quedan obligadas a suministrar la información sobre los partícipes personas físicas beneficiarias del mismo, debiendo suministrar la información relativa al importe atribuible a cada uno de los socios o partícipes personas físicas, aun en el caso de que la suma permanezca en la

⁸⁸⁰ Consideración (11) de la Directiva 2003/48.

⁸⁸¹ El término ha quedado acuñado en los papeles relacionados con la Directiva.

⁸⁸² El concepto viene a coincidir con el de Entidades en Régimen de Atribución de Rentas recogido en el art. 8.3 de la Ley 35/2006 (según redacción dada por el art. 1.6 de la Ley 26/2014 de 27 de noviembre), es decir, entes desprovistos de personalidad jurídica pero que constituyen un patrimonio separado que puede tener relevancia a efectos fiscales.

⁸⁸³ MALHERBE, J. y HERMAND, O., “Fiscalité Européenne de l'épargne: une directive en attente”, *Revue Droit Fiscal*, núm. 47 de 20 de noviembre de 2002, pág. 1549.

cuenta de la entidad. No obstante la Directiva establece que estas entidades puedan optar a ser tratadas como IIC, en cuyo caso sus ingresos se considerarán recibidos en los mismos términos que los percibidos por éstas, y tendrán las mismas obligaciones de información.

El concepto de beneficiario efectivo se recoge en el artículo 2 que lo define como “cualquier persona física que reciba un pago de intereses o cualquier persona física en cuyo beneficio se atribuya un pago de intereses, salvo en caso de que aporte pruebas de que dicho pago no se ha efectuado en beneficio suyo”. El sujeto afectado por el intercambio de información deberá ser el beneficiario efectivo de las rentas, y el sujeto que perciba los intereses se entenderá que es el beneficiario efectivo de las mismas salvo que pruebe que las recibe por cuenta de un tercero e identifique al destinatario final de los rendimientos⁸⁸⁴.

El término beneficiario efectivo apareció por primera vez en el MCOCDE del año 1977. La denominada cláusula del beneficiario efectivo no es otra cosa que una medida anti treaty-shopping⁸⁸⁵ con la que pretende evitar que una persona, física o jurídica, residente en un Estado distinto al de los Estados firmantes de un CDI, y al que no sería legítimamente aplicable el mismo, se aproveche de un beneficio fiscal de dicho Convenio mediante la interposición de una persona o sociedad.

Es en los comentarios al MCOCDE donde se define el beneficiario efectivo como “un tercer elemento subjetivo que se interpone en la

⁸⁸⁴ Cfr. PITA GRANDAL, C. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “La información bancaria con fines fiscales en España (análisis de la cuestión a la luz de la normativa interna y comunitaria)”, op. cit., pág. 51.

⁸⁸⁵ Vid. SERRANO ANTÓN, F., “Las medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional” en SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F. *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario*, IEF, Madrid, 2002, pág. 92.

relación existente entre el pagador del rendimiento y el perceptor del dividendo, bajo la forma de un agente o mandatario”. De modo que el beneficiario efectivo será el titular económico del derecho, mientras que el titular legal será el que ostente la apariencia de titularidad pero sin recibir los frutos de la misma⁸⁸⁶. VOGEL define el beneficiario efectivo como aquel que es libre para decidir sobre cualquiera de las dos opciones siguientes o sobre ambas a la vez:

- si deben ser usados o no el capital u otros activos, o si se permite su uso por otros
- cómo deben usarse los rendimientos derivados de los mismos⁸⁸⁷.

En los comentarios a la propuesta de directiva sobre la fiscalidad del ahorro se definía como beneficiario efectivo *“toda persona física que reciba intereses por cuenta propia..... el beneficiario de un pago se considerará generalmente beneficiario efectivo de ese pago, a menos que demuestre que no lo ha recibido para su propio beneficio”*, y continua señalando que *“El beneficiario no se considerará beneficiario efectivo si actúa como agente pagador para otro individuo. En tal caso se requerirá que lleve a cabo las tareas que la Directiva impone a los agentes pagadores”*.

⁸⁸⁶ Cfr. CHICO DE LA CÁMARA, P., “La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Modelo de Convenio de la OCDE”, en SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F. (Dir.): *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pág. 74.

⁸⁸⁷ Cfr. VOGEL, K., Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice, op.cit., pág. 562.

El beneficiario tampoco se considerará beneficiario efectivo si actúa en nombre de una persona jurídica, una entidad cuyos beneficios sean gravados con arreglo a las disposiciones generales de la imposición empresarial, un organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) a efectos de la Directiva 85/611/CEE, o una entidad mencionada en el apartado 2 del artículo 4. En estas situaciones el perceptor no es beneficiario efectivo ni está actuando como agente pagador a los efectos de la Directiva, ya que no está pagando intereses a un individuo. De hecho es un agente “intermediario”. Así pues se observa que los conceptos de beneficiario efectivo no coinciden en la Directiva, donde la figura se utiliza para delimitar uno de los sujetos de su régimen jurídico, y en Derecho Internacional, donde esta figura se ha previsto como medida anti-abuso en los CDI.

Hay que destacar que para ser objeto del intercambio de información o retención previstas en la Directiva el beneficiario efectivo debe ser residente en la UE, pudiendo acreditar la residencia en otro Estado con la simple presentación del documento nacional de identidad o pasaporte. Si la residencia se alega en un lugar distinto al que consta en éstos y situado fuera del territorio UE, habrá de acreditarse mediante la presentación de un certificado de residencia expedido por las autoridades fiscales del Estado en cuestión⁸⁸⁸.

V.2.4 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

La información recogida por los agentes pagadores en cada Estado miembro debe ser suministrada a las autoridades fiscales de dicho Estado

⁸⁸⁸ SERRANO ANTÓN, F., “Cuestiones relevantes sobre la residencia fiscal de las personas físicas en la tributación española e internacional”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N., SERRANO ANTÓN, F. y BUSTOS BUIZA, J.A., “Algunos aspectos problemáticos de la fiscalidad de los no residentes”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 24/02, págs. 15 y ss.

miembro, quien a su vez deberá transmitirla al Estado de residencia del beneficiario efectivo. La directiva establece que esta información se comunicará de forma automática y al menos una vez al año en los seis meses siguientes al final del ejercicio fiscal del Estado miembro del agente pagador y se referirá a todos los pagos de intereses realizados durante ese año⁸⁸⁹.

El artículo 8 dispone la información mínima que el agente pagador debe comunicar a su Administración tributaria es la siguiente:

- identidad y residencia del beneficiario efectivo;
- nombre y dirección del agente pagador;
- número de cuenta del beneficiario efectivo o, en su defecto, la identificación del crédito que da lugar al interés, y
- la información relativa al pago de intereses⁸⁹⁰.

Esto es lo que llevo a las autoridades luxemburguesas a supeditar su visto bueno a la Directiva a la adopción de acuerdos relativos al establecimiento de medidas equivalentes con terceros países y territorios asociados, puesto que la obligación de comunicar información a la Administración tributaria es responsabilidad de la entidad bancaria del cliente, que es calificada como agente pagador, y ello puede crear problemas a la entidad, pues el cliente podría verse tentado de buscar otra entidad bancaria domiciliada en un territorio ajeno al territorio de aplicación de la Directiva.

Conviene resaltar que la ausencia de armonización de lo que debe entenderse por “intereses” en los distintos derechos tributarios de los

⁸⁸⁹ Art. 9.2 Directiva 2003/48.

⁸⁹⁰ Llama la atención que no sea necesario incluir la fecha del pago en ninguna de las categorías, cuando en la propuesta de 1998 sí se exigía.

Estados miembros puede conducir que la información objeto de intercambio sea inexacta, lo que constituye un riesgo indeseable que algunos autores han destacado⁸⁹¹.

Hay que destacar que, aunque por lo general, se afirma la primacía de las Directivas comunitarias sobre las disposiciones contenidas en los Tratados internacionales, la Directiva 2011/16/UE permite un intercambio de información más amplio que aquel que en ella se establece⁸⁹², por lo que la relación de la Directiva 2003/48/CE con los Convenios de Doble Imposición firmados entre los Estados miembros que tengan incorporada una cláusula de intercambio de información, no difiere de la que existe entre tales Convenios y la Directiva 2011/16/UE, ya que la Directiva establece un intercambio automático y periódico de datos no superado por lo previsto en los Convenios de doble imposición.

El posible aspecto de conflicto entre ambas normas sí que podría plantearse en lo relativo al tratamiento de la información transferida, por contemplar la Directiva 2011/46 y los CDI una regulación muy similar a la

⁸⁹¹ Podría darse el caso de que algún Estado miembro extendiese la definición de intereses dada por la Directiva en su derecho interno. Ello conllevaría que la administración tributaria de ese Estado debería comunicar información relativa a estos productos financieros a las autoridades de los otros Estados de residencia de los perceptores, donde puede que estos rendimientos no sean considerados intereses. En esta hipótesis el contribuyente de ese segundo Estado podría encontrarse con un procedimiento inspector derivado de la ausencia de armonización del concepto de intereses en los distintos ordenamientos internos de los Estados miembros. Cfr. MALHERBE, J. y HERMAND, O., "Fiscalité Européenne de l'épargne: une directive en attente". *Revue Droit Fiscal*, núm. 47 de 20 de noviembre de 2002, pág. 1551.

⁸⁹² CALDERÓN CARRERO, J.M., "Algunas consideraciones en torno a la interrelación entre los Convenios de doble imposición y el Derecho comunitario europeo: ¿Hacia la "comunitarización" de los CDISs?", *Crónica Tributaria*, núm. 102, 2002, págs. 19-65 y núm. 103, 2002, págs. 9-30.

del secreto tributario internacional⁸⁹³. En este aspecto es aceptado con carácter general que la primacía del Derecho comunitario exige la aplicación prioritaria de las disposiciones de la Directiva⁸⁹⁴.

Respecto al organismo responsable del funcionamiento del sistema de intercambio de información, el art. 9.1 establece que éste es la autoridad competente⁸⁹⁵ del Estado miembro correspondiente, que será responsable tanto de la comunicación de información como del funcionamiento del “sistema de compensación”. Este organismo también será el encargado de expedir los certificados de residencia allí donde sean necesarios.

V.3 LA REVISIÓN DE LA DIRECTIVA

En términos generales la Directiva merece una valoración positiva, ya que ha posibilitado un mejor control y gestión por parte de los Estados firmantes en el ámbito de la tributación efectiva de las rentas provenientes del ahorro, pese a la dificultad que supone el no haberse planteado como un instrumento de armonización y el hecho de que entran en juego numerosos intereses y afecta a países (incluso de fuera de la UE) que habitualmente han obtenido buenos réditos de la atracción del capitales extranjeros amparados en su secreto bancario.

A pesar de ello hemos de reconocer que la Directiva del ahorro presenta numerosas limitaciones, tanto es así que en Suiza es conocida como “el tributo de los necios”, porque se aplica únicamente a aquéllos que no están correctamente asesorados. Entre sus limitaciones más importantes

⁸⁹³ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, op.cit., págs. 236 y ss.

⁸⁹⁴ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, vid. supra, págs. 59 y ss.

⁸⁹⁵ Dicha autoridad aparece definida en el artículo 5 de la Directiva 2003/48.

destacan:

— El ámbito espacial de aplicación es limitado, mientras que el movimiento de capitales es ilimitado.

— El ámbito subjetivo, ya que sólo se proyecta sobre las personas físicas.

— El ámbito objetivo, dado que no se someten todos los rendimientos del ahorro, sino sólo los que derivan de toda clase de depósitos en efectivo, obligaciones y bonos tanto públicos como privados, y de los títulos de deuda negociable de carácter similar. Quedan excluidas otras rentas del ahorro, tales como dividendos, rentas de seguros o pensiones⁸⁹⁶.

Desde su entrada en funcionamiento el 1 de julio de 2005 quedó patente la necesidad de llevar a cabo ciertas modificaciones y mejoras como consecuencia de la aparición de productos financieros innovadores y nuevos comportamientos de inversores tendentes a eludir la aplicación de la Directiva. La Directiva no abarca ciertos instrumentos financieros que generan intereses que quedan fuera del ámbito de aplicación y por tanto del intercambio de información automática. Tampoco se aplica a las personas jurídicas, por lo que resulta sencillo eludir su aplicación, habiéndose detectado la existencia de entidades dominadas por una persona física y a las que no se aplica la Directiva.

Así lo reconoce la propia Comisión quien, tras evaluar la aplicación de la Directiva conforme a lo dispuesto en su artículo 18⁸⁹⁷, ha manifestado en

⁸⁹⁶ Algunos clientes de entidades bancarias han traspasado sus ahorros a pólizas de ahorro ligadas a seguros de vida.

⁸⁹⁷ Artículo 18. Revisión

“La Comisión presentará cada tres años al Consejo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva. Basándose en dichos informes, la Comisión propondrá al Consejo, en su caso, las modificaciones de la Directiva que resulten necesarias para garantizar una imposición efectiva más satisfactoria de los rendimientos del ahorro, así como la

diversos informes la constatación de que resulta relativamente fácil para las personas físicas eludir su aplicación, recurriendo a fundaciones u otras construcciones jurídicas cuyos beneficios no se fiscalizan.

El escándalo de las cuentas secretas en Liechtenstein⁸⁹⁸ provocó que el Consejo instara a la Comisión a que acelerase la elaboración de un informe sobre la aplicación de la Directiva 2003/48/CE desde su entrada en vigor. El 13 de noviembre de 2008, la Comisión publica la propuesta⁸⁹⁹ con la que se pretendía modificar la vigente Directiva del ahorro ampliando su campo de aplicación más allá de los intereses directos del ahorro. De este modo la propuesta de la Comisión contemplaba la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de otras modalidades de ahorro como los contratos de seguros de vida, los títulos que equivalgan a créditos con capital protegido y rendimiento predeterminado, y los fondos de inversión, con el objetivo de cubrir las lagunas de la normativa que han facilitado la evasión fiscal.

A continuación procede examinar los problemas que han surgido en la aplicación de la Directiva y las propuestas de modificación por parte de la Comisión, distinguiendo entre problemas y propuestas en el ámbito subjetivo, en el objetivo y en materia fiscal.

V.3.1 PROBLEMAS Y PROPUESTAS EN EL ÁMBITO SUBJETIVO

Como ya se ha comentado uno de los problemas fundamentales que plantea la Directiva es que las personas jurídicas y otras entidades quedan fuera del ámbito de su aplicación por lo que resulta fácil su elusión

eliminación de toda distorsión indeseable de la competencia.”

⁸⁹⁸ En febrero de 2008 se conocieron ciertos casos de fraude en los que se vieron implicados residentes en Estados miembros y fundaciones de Liechtenstein.

⁸⁹⁹ COM 2008/727.

mediante la interposición de sociedades instrumentales. No obstante la Comisión ha decidido no incluir en la propuesta de modificación la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva a las personas jurídicas.

Por el contrario la Comisión buscó una solución intermedia⁹⁰⁰, que no resulta plenamente satisfactoria, para solucionar el problema de las sociedades interpuestas constituidas exclusivamente para eludir el control de la Directiva y controladas por una única persona física, aunque es una solución compleja que crea posibles problemas en su aplicación. Se queda a medio camino utilizando la figura de las denominadas “entidades intermedias”, que son entidades controladas fundamentalmente por una persona física, de conformidad con las previsiones de la directiva de prevención del blanqueo de capitales⁹⁰¹.

La propuesta contenía la exigencia de que los agentes pagadores que abonen o atribuyan intereses a determinadas estructuras societarias radicadas fuera de la UE, que se constituyen con la finalidad de intermediar entre los pagos que se harán directamente a una persona física residente en la UE, apliquen las disposiciones de la Directiva -es decir, el intercambio de información o la retención- en el momento del pago a la estructura intermedia, considerando el pago directamente efectuado a favor

⁹⁰⁰ La Comisión señala en la justificación de la propuesta de Directiva, como argumento justificativo de la no extensión del ámbito de aplicación a las personas jurídicas, lo siguiente:

“La ampliación indiscriminada del ámbito de aplicación de la Directiva a fin de cubrir todos los pagos a entidades e instrumentos jurídicos en otros Estados miembros o en territorios no pertenecientes a la UE no parece la solución adecuada.”

⁹⁰¹ Posiblemente en aras a una fácil y pronta aprobación de las modificaciones propuestas y debido a la unanimidad requerida en materia fiscal pues, probablemente, se estancaría la propuesta más de lo deseado si se tratara de incluir cambios radicales en la Directiva, como la inclusión de todo tipo de personas jurídicas.

de la persona física. Por tanto cuando haya una persona física que controla una de estas entidades, se le atribuirá la condición de beneficiario efectivo en el sentido de la Directiva.

A las entidades similares ubicadas en la Unión Europea, como algunas fundaciones con fines no caritativos, se las controlará de otra manera, atribuyéndoles la condición de agentes pagadores en el momento de la recepción de los intereses. Además se define en la propuesta el concepto de operador económico, considerándose tal cualquier institución crediticia o financiera, o cualquier otra persona jurídica o física que, de forma periódica u ocasional, efectúe o atribuya un pago de intereses en el sentido de la presente Directiva en el ejercicio de su actividad profesional.

V.3.2 PROBLEMAS Y PROPUESTAS EN EL ÁMBITO OBJETIVO

El objetivo fundamental de la Directiva es garantizar la imposición de los rendimientos del ahorro en forma de intereses. En la redacción original se incluyó en la definición de intereses no sólo los procedentes de créditos, sino también los obtenidos de determinados vehículos de inversión. Ello dejó la puerta abierta a la realización de ciertas operaciones financieras cuyos rendimientos quedaban excluidos de esta definición de intereses, pese a reunir características idénticas a los créditos en cuanto a rentabilidad asegurada y limitación de riesgos.

Para subsanar esta situación la propuesta modifica el concepto de intereses incluyendo en los mismos los intereses y los rendimientos procedentes de valores que puedan equipararse a créditos por entrañar un riesgo conocido que no sea superior al de éstos. Esta medida va dirigida a incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva los denominados depósitos estructurados⁹⁰². La Comisión quiere garantizar que todos los

⁹⁰² El artículo 6.1.b) de la Directiva 2014/48/UE amplía el ámbito de aplicación de la Directiva a aquellos valores que son equivalentes a créditos debido a que las

fondos de inversión gocen del mismo trato, independientemente de su forma jurídica. Por ello, se propone gravar los beneficios procedentes de estos fondos cuando sean percibidos por personas físicas residentes en la UE.

La redacción actual de la Directiva afecta únicamente a los rendimientos obtenidos a través de organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios autorizados de conformidad con la Directiva 85/611/CEE, los “OICVM”, cuyas participaciones pueden comercializarse en Estados miembros distintos del de establecimiento. Sin embargo, los rendimientos procedentes de organismos y otros fondos o sistemas de inversión colectiva no autorizados, los “OICVM no armonizados”, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. Con el fin de establecer un tratamiento igual para todos ellos, con independencia de su forma jurídica⁹⁰³ la propuesta establece la aplicación de las mismas normas no sólo a todos los OICVM sino a todos los OICVM no armonizados con independencia de la forma jurídica que revistan.

Por último, la propuesta incorpora al ámbito de aplicación de la Directiva determinados seguros de vida cuyas prestaciones puedan equipararse directamente a productos de renta fija o participaciones de organismos de inversión colectiva, ya que el rendimiento positivo real que de ellos se deriva es similar a los rendimientos procedentes de créditos.

condiciones de rentabilidad definidas en la fecha de emisión incluyen un compromiso con el inversor para que obtenga, al vencimiento, como mínimo el 95 por 100 del capital invertido, y que en las condiciones definidas en la fecha de emisión se establece una relación de como mínimo el 95 por 100 de los rendimientos del valor a intereses o rendimientos de los tipos mencionados en las letras a), b), c) o d).

⁹⁰³ En la Directiva los fondos de inversión constituidos en sociedad quedan excluidos del ámbito de su aplicación, mientras que los no constituidos en sociedad se inscriben en el ámbito de su aplicación.

V.3.3 PROBLEMAS Y PROPUESTAS EN MATERIA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN: LA MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA

En teoría la aplicación práctica del intercambio de información previsto en la Directiva del ahorro no presenta problemas importantes, pero la aplicación práctica del mismo ha puesto de evidencia la existencia de ciertos problemas y la Comisión ha considerado imprescindible mejorar la calidad de la información intercambiada de forma automática⁹⁰⁴.

La propuesta de modificación se orienta en el sentido de que las Administraciones tributarias puedan identificar mejor y de manera más eficiente a las personas sobre las que deben intercambiarse información⁹⁰⁵. Para eliminar confusiones en el caso de pluralidad de beneficiarios efectivos, la propuesta establece que los agentes pagadores deberán no sólo identificar a todos y cada uno de ellos, sino indicar si los intereses cuya percepción se comunica corresponde a la totalidad o a la parte correspondiente a cada uno de ellos.

Como uno de los problemas puestos de manifiesto por la aplicación de la Directiva en estos años es la distinta capacidad de gestión que han demostrado las diferentes Administraciones tributarias de los países miembros, una de las modificaciones propuestas trata de simplificar la gestión de datos obligando a los agentes pagadores a desglosar en la información remitida la parte correspondiente a intereses y la correspondiente al resto del precio de venta del título. Y ello a pesar de que la propia Comisión manifiesta que los Estados miembros deberían estar dispuestos a consensuar soluciones en virtud de las cuales, cualquier carga administrativa adicional destinada a incrementar la eficacia de las

⁹⁰⁴ Véase SERRANO PALACIO, C., “Efectos positivos y perniciosos de la Directiva del Ahorro desde el punto de vista de la gestión Tributaria”, op. cit., págs. 93-102.

⁹⁰⁵ En España esta información se proporciona a través del modelo de declaración 299.

disposiciones de la Directiva se haga recaer, en la medida de lo posible, en las Administraciones tributarias, puesto que serían éstas quienes se beneficiarán de un incremento de sus ingresos fiscales.

Cierta simplificación de las obligaciones de información que recaen sobre los operadores económicos se pone de manifiesto en las modificaciones previstas, lo que evitaría costes innecesarios, pero no obstante todavía no puede considerarse que se haya alcanzado un mecanismo de intercambio de información fluido y sin dificultad.

También hubiera sido deseable alcanzar una armonización de los procedimientos tributarios de asistencia mutua pero, no siendo así, sería deseable que las Administraciones tributarias ajusten sus actuaciones al Principio de proporcionalidad, el cual exige ponderar los medios empleados para conseguir el fin pretendido, evitando un sacrificio innecesario de los Derechos fundamentales⁹⁰⁶. Respecto a los agentes pagadores denominados “entidades residuales” la reforma prevé que todo operador que haga un pago a dichas entidades deberá comunicar a su Estado miembro de residencia el nombre y la dirección efectiva de la entidad.

Quedaba pendiente la que quizás sea la cuestión más importante; la finalización del periodo transitorio, por el que, Austria y Luxemburgo⁹⁰⁷ no estaban obligadas a remitir información al resto de Administraciones tributarias. La finalización de esta excepción, consiguiendo que estos países acepten la remisión automática de información, constituía un

⁹⁰⁶ VILLAR EZCURRA, M. y ROZAS VALDÉS, J. A., “La asistencia mutua tributaria a la luz del Principio de proporcionalidad”, *Noticias de la UE*, (Monográfico sobre la fiscalidad del ahorro), Edit. “La Ley” núm. 254, marzo 2006, págs. 73-92.

⁹⁰⁷ En un principio también Bélgica pero, como ya se señaló anteriormente, ésta decidió aplicar el intercambio automático de información desde el de enero de 2010 renunciando al periodo transitorio por la inminente aplicación del 35 por 100 de retención.

objetivo fundamental en la armonización que pretende alcanzar la Directiva del ahorro al terminar definitivamente “con el privilegio con el que cuentan determinadas entidades que por estar realizando operaciones en ciertos Estados cuenten con ventajas de tipo fiscal para obtener financiación”⁹⁰⁸.

En lo referente a los acuerdos con terceros países, la posición de la Comisión partía de la idea de que cualquier modificación del ámbito de aplicación de la Directiva debía implicar la revisión de los acuerdos celebrados con los 10 territorios dependientes o asociados que aplicaban las mismas medidas. Por lo que respecta a los cinco países no pertenecientes a la Unión que aplicaban medidas equivalentes, el Consejo debía evaluar si seguían incluyéndose medidas equivalentes a las presentadas en la propuesta de modificación de la Directiva. Se trataba también de fomentar la aplicación de medidas equivalentes a las previstas por la Directiva por parte de los grandes centros financieros asiáticos; Hong Kong, Singapur y Macao. En este aspecto la Comisión destacó las negociaciones que se llevaban a cabo con Noruega, Bermudas e Islandia, interesados en participar en los Acuerdos sobre la fiscalidad del ahorro.

Finalmente Austria y Luxemburgo se comprometieron, en marzo de 2014, a levantar su veto a la implantación del intercambio automático de información fiscal sobre los ahorros bancarios en la Unión Europea. Los dos países, que temen quedar en desventaja frente a países vecinos no socios de la UE, quieren asegurarse de que antes de su aprobación se habrán hecho progresos en las negociaciones con Suiza, Liechtenstein, Andorra, Mónaco y San Marino tendentes a revisar los convenios firmados con los mismos a fin de incrementar el intercambio automático de información para no quedar en desventaja frente a estas plazas financieras.

Finalmente se alcanzó un acuerdo que desembocó en la aprobación final

⁹⁰⁸ DELMAS GONZÁLEZ, F., “Análisis de la propuesta de modificación de la Directiva del ahorro”, *Crónica Tributaria*, núm. 135/2010, pág.112.

por parte del ECOFIN de la Directiva 2014/48/UE de 24 de marzo de 2014 por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

V.3.4 LA DIRECTIVA 2014/48/UE

Con la aprobación de la Directiva 2014/48/UE se pretende subsanar algunas lagunas de la Directiva 2003/48/CE, que permitían eludir su aplicación por parte de personas físicas mediante la interposición de personas jurídicas con residencia en el territorio de aplicación o en otro territorio sin imposición efectiva, o canalizando el pago de intereses a través de agentes pagadores establecidos fuera de la UE, al tiempo que amplía los ámbitos objetivo y subjetivos de aplicación.

La Directiva 2014/48/UE amplía el concepto de “pago de intereses” e incluye los siguientes rendimientos financieros similares a los intereses derivados del ahorro:

- Ingresos de instrumentos financieros que, dado el nivel de riesgo, la flexibilidad y la rentabilidad acordada, sean equivalentes los créditos, contemplando los rendimientos correspondientes a valores de cualquier clase en los que las condiciones de devolución del capital definidas en el momento de la emisión incluyen un compromiso con el inversor de obtener al vencimiento, como mínimo el 95% del capital invertido, o las condiciones definidas en la fecha de emisión establecen una vinculación de cómo mínimo el 95% del valor a intereses o de rendimientos de otro tipo que la Directiva define como intereses.

- Los beneficios procedentes de un contrato de seguro de vida que:

- a) contengan una garantía de rendimiento, o

- b) su rentabilidad esté vinculada en un porcentaje superior al 40%, (25% a partir del 1 de enero de 2016) a los rendimientos procedentes de créditos o a rendimientos equivalentes a los que resulta aplicable la Directiva 2014/48/CE, excepto que sean

productos de pensiones a largo plazo.

- Los rendimientos procedentes de Fondos de Inversión, independientemente de la forma jurídica que revistan, de las modalidades de colocación entre los inversores y de su establecimiento o no en un Estado miembro de la UE.

En el ámbito subjetivo las novedades más relevantes se refieren a los conceptos de beneficiario efectivo y agente pagador:

- Se modifica el concepto de “beneficiario efectivo”, considerándose como tal a cualquier persona física residente en la UE que tenga una participación igual o superior al 25% en cualquier "trust", fundación y otros mecanismos pantalla que tratan de ocultar su verdadera misión de ocultación, establecido o con sede administrativa efectiva en un país tercero que no grave la renta del ahorro satisfecha. En tal caso deberán aplicar el “enfoque de transparencia” contemplado en la Directiva relativa a la prevención del blanqueo de capitales a los pagos realizados a dichas entidades o instrumentos jurídicos, debiendo el agente pagador suministrar a las autoridades de su estado de residencia la información relevante. Para reducir la carga administrativa que supondrá para los agentes pagadores, se elaborará una lista indicativa de entidades e instrumentos jurídicos de los terceros países y jurisdicciones afectados por la medida.
- Se modifica el concepto de “agente pagador”, considerándose tal a aquel operador económico que tenga conocimiento del pago de intereses a otro operador no establecido, en el que el beneficiario efectivo sea una persona física establecida en un Estado miembro que pueda ser considerada su cliente. Asimismo, se considera “agente pagador”, en el momento de la percepción o atribución del pago de intereses, a aquellas entidades o instrumentos jurídicos (fiducias, fundaciones, trusts...) que, teniendo su lugar de administración efectiva en un Estado miembro, no estén sujetas a tributación efectiva en dicho Estado. Esta medida pretende evitar la

utilización indebida de redes internacionales de entidades financieras (sucursales, filiales, sociedades asociadas o holdings) con el fin de eludir la aplicación de la Directiva 2003/48/CE.

Por último, respecto al modo de evitar la retención fiscal a cuenta sobre los pagos de intereses percibido, la Directiva 2014/48/UE considera adecuado que el Estado miembro ofrezca al beneficiario efectivo la potestad de elegir el procedimiento a seguir, habida cuenta que tanto el procedimiento de certificación como el procedimiento alternativo de comunicación voluntaria al Estado de residencia del beneficiario efectivo tienen sus ventajas, si bien el procedimiento de comunicación voluntaria es menos oneroso para el beneficiario efectivo

La entrada en vigor de la Directiva del Ahorro modificada está prevista para el 1 de enero de 2016, estando obligados los Estados miembros a adoptar y publicar con anterioridad a dicha fecha las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella.

V.4 EL ACUERDO SOBRE LA FISCALIDAD DEL AHORRO UE-SUIZA: BILATERALES II

La Directiva entró en vigor el 16 de julio de 2003 sujeta a la condición suspensiva recogida en el apartado segundo del artículo 17, por la que se hace depender la aplicación de las disposiciones de la Directiva de la adopción de medidas equivalentes por terceros países⁹⁰⁹, con el fin de evitar que los residentes en los Estados miembros de la UE eludieran la aplicación de la Directiva sobre la fiscalidad sobre el ahorro de intereses

⁹⁰⁹ Vid. LANZ, K., "Fiscalità del risparmio: la nuova proposta di direttiva e l'introduzione di misure equivalenti in Svizzera", *Rassegna di fiscalità internazionale*, núm. 6, 2002.

derivando sus inversiones al exterior.

El Consejo Ecofin, en su acta de 25 de junio de 2003, insta a la Comisión a que ultime los proyectos de acuerdo con los mencionados terceros países europeos lo antes posible, señalando expresamente que el proyecto de Acuerdo con Suiza presentado por la Comisión el 28 de mayo de 2003, constituye la última oferta de acuerdo entre la UE y este país, y haciendo constar que la oferta, en lo referente a la fiscalidad del ahorro, coincide con lo planteado por la UE a Liechtenstein, Andorra, Mónaco y San Marino.

El problema que se planteaba con Suiza (al igual que ocurría con Austria, Bélgica y Luxemburgo en su momento), es que ésta aceptaba la aplicación de una retención en la fuente del 35 por 100, pero no sacrificar su secreto bancario⁹¹⁰. Liechtenstein, Andorra, Mónaco y San Marino seguirían los pasos suizos, pero no adoptarían ninguna medida más allá de las adoptadas por éstos. Por parte de Suiza, su intención era reforzar la cooperación con la Comunidad Europea pero evitando la adhesión a la misma⁹¹¹. Las negociaciones desembocarán en los acuerdos denominados “Acuerdos sobre la fiscalidad del ahorro” en el marco de los Bilaterales II, firmados el 26 de octubre de 2004 en Luxemburgo, publicados en el Boletín Oficial Suizo de 28 de junio de 2005 y que entraron en vigor el 1 de julio de 2005⁹¹². Por parte de la UE, se aprobaron por Decisión del

⁹¹⁰ Cfr. LANZ, K., “Fiscalità del risparmio: la nuova proposta di direttiva e l'introduzione di misure equivalenti in Svizzera”, op. cit., epígrafe 4.

⁹¹¹ Suiza presentó una solicitud de adhesión a la Comunidad Europea el 20 de mayo de 1992. Sin embargo, un referéndum suizo celebrado el 6 de diciembre de 1992 la rechazó. Sobre la relación Suiza-UE ver SCHWOCK, R., *Suisse-Union européenne: L'adhésion impossible?*, PPUR, colección “Le savoir Suisse”, Lausanne, 2010.

⁹¹² “Accord. entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts”. Approuvé par l'Assemblée fédérale le 17 décembre 2004. RS 0.641.926.81. Disponible

Consejo 2004/911/CE de 2 de junio de 2004 publicada en el DOUE de 29 de diciembre del mismo año⁹¹³.

Los Bilaterales II amplían los Acuerdos Bilaterales I extendiendo la cooperación con la UE mediante la firma de Acuerdos en las siguientes materias:

- seguridad, asilo y eliminación de controles fronterizos a personas en el marco o del Acuerdo Schengen-Dublín,

- suspensión de derechos de aduana y subvenciones a la exportación en numerosos productos agrícolas transformados,

- Suiza ingresa en la Agencia Europea de Medio Ambiente.

- se armoniza la recogida de datos estadísticos,

- los profesionales suizos cinematográficos pueden beneficiarse de las programas europeos e promoción.

- pensiones, se elimina la doble imposición de los funcionarios europeos jubilados y residentes en Suiza,

- declaración de intenciones acerca de la futura participación suiza en programas educativos y formativos comunitarios.

El compromiso de Suiza para introducir una retención en origen sobre los intereses pagados a los contribuyentes personas físicas residentes en un Estado miembro de la UE, junto a la posibilidad de renuncia a la misma

en: <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20042402/index.html>

⁹¹³ 2004/911/CE: Decisión del Consejo, de 2 de junio de 2004, sobre la firma y celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses y el Memorándum de Acuerdo adjunto. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32004D0911>

por parte del perceptor aceptando la comunicación voluntaria de los intereses percibidos a su país de residencia en la UE, es el principal punto de este acuerdo en lo referente a la fiscalidad. La retención inicial se fijó en un 15%, en un 20% a partir de enero de 2008 y en un 35% a partir del 1 de julio de 2011. El 75% de la recaudación obtenida por esta retención se destina a los países miembros de la UE donde radique la residencia de los perceptores, y el restante 25% se distribuye entre la Confederación, que percibe el 15%, y los distintos Cantones, que perciben el 10% restante. De esta forma se consigue (teóricamente) que la Directiva sobre la fiscalidad del ahorro no sea eludido a través de Suiza y se mantiene el secreto bancario suizo. Para evitar la elusión de estas disposiciones, la UE se compromete en un Memorándum a negociar medidas equivalentes con Estados terceros en los que existan plazas financieras importantes. El Acuerdo también contempla la supresión de la imposición en el Estado de la fuente de los dividendos, intereses y cánones abonados entre sociedades asociadas. En caso de “escroquerie” fiscal o delito similar Suiza y la UE se comprometen a prestarse asistencia administrativa previa demanda siempre que se trate de pagos de intereses incluidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo. Además Suiza se comprometió, en el marco del Protocolo de Acuerdo firmado con la UE en febrero de 2006 (“Memorándum of Understanding”- MOU), a revisar los Convenios de doble imposición firmados con los Estados miembros de la UE en el sentido de incluir en los mismos asistencia administrativa en los casos de “escroquerie” fiscal o delito similar.

Los rendimientos de cuentas bancarias, de obligaciones de emisores suizos, y de imposiciones a plazo suizas, todas ellas sujetas al Impuesto Anticipado suizo, no se ven afectados por la retención del Acuerdo, sin embargo, pese a estar también sujetas al Impuesto Anticipado, si quedan sometidas a retención las imposiciones fiduciarias a plazo y los empréstitos de obligaciones emitidos en francos suizos por emisores extranjeros.

La trasposición del Acuerdo sobre fiscalidad del ahorro al ordenamiento

interno suizo se produce mediante la aprobación de la Ley sobre la fiscalidad del ahorro (LFisE)⁹¹⁴, que regula el procedimiento aplicable a las retenciones practicadas y a la colaboración administrativa en caso de fraude fiscal o infracción equivalente en el ámbito de la fiscalidad del ahorro. Diversas Directrices de la Administration fédérale des contributions (AFC) especifican las obligaciones de los agentes pagadores en Suiza en relación con la fiscalidad de los rendimientos del ahorro en la UE⁹¹⁵. El 15 de julio de 2005, el AFC también publicó Directrices sobre la eliminación de la retención de Suiza sobre los pagos de dividendos entre sociedades asociadas⁹¹⁶.

El 14 de Mayo de 2013 el ECOFIN aprobó el mandato que permitía a la Comisión Europea negociar una modificación de los Acuerdos sobre la fiscalidad del ahorro con Suiza, Andorra, Liechtenstein, Mónaco y San Marino. Esta misma decisión fue tomada por el Consejo Federal suizo el 18 de diciembre de 2013 tras evacuar consultas con las Comisiones Parlamentarias competentes en la materia y con los Cantones. El objeto de la revisión es cubrir las lagunas que se apreciaron en su aplicación y que permiten soslayar la imposición sobre los intereses mediante la

⁹¹⁴ Loi fédérale du 17 décembre 2004 concernant l'accord avec la Communauté européenne relatif à la fiscalité de l'épargne. RS 641.91. RO 20052558. (Loi sur la fiscalité de l'épargne, LFisE). Disponible en versión 1 de febrero de 2013 en: <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20042085/index.html>

⁹¹⁵ Directives relatives à la fiscalité de l'épargne de l'UE (retenue d'impôt et déclaration volontaire). Versión actualizada de 1 de julio de 2013. Disponible en: <http://www.estv.admin.ch/intsteuerrecht/themen/01319/01381/01385/index.html?lang=fr>

⁹¹⁶ Directives relatives à la suppression de l'impôt anticipé suisse sur les paiements de dividendes entre sociétés de capitaux associées dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne de 15 de julio de 2005. Disponible en: <http://www.estv.admin.ch/intsteuerrecht/themen/01319/01381/01385/index.html?lang=fr>

interposición de sociedades instrumentales o mediante la utilización de determinados instrumentos financieros. Las negociaciones se iniciaron en enero de 2014, pero los cambios desarrollados en el ámbito internacional en lo relativo a la progresiva implantación del intercambio automático de información, reflejados en el proyecto de mandato del Consejo Federal de 21 de mayo de 2014 sobre el inicio de negociaciones con la UE relativas a esta modalidad de intercambio de información, cambió el curso de las negociaciones.

El 19 de marzo de 2015 Suiza y la UE firmaron en Bruselas un Acuerdo sobre la introducción de la norma internacional sobre intercambio automático de información fiscal de datos bancarios. Finalmente, el 7 de abril de 2015 se publicó la propuesta de decisión del Consejo de la UE relativa a la modificación del Acuerdo de Fiscalidad del Ahorro entre la UE y Suiza y a la introducción del intercambio automático de información tributaria en las relaciones entre Suiza y los distintos Estados de la UE⁹¹⁷, que pasará a denominarse “Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza relativo al intercambio automático de información sobre cuentas financieras para mejorar el cumplimiento fiscal internacional”. También contempla la modificación de los anteriores instrumentos de desarrollo y ejecución de medidas equivalentes a las de la Directiva de fiscalidad del ahorro entre la UE y Suiza⁹¹⁸. Dos son las novedades más importantes que presenta:

-La introducción, en línea con el estándar OCDE, del intercambio automático de información entre los Estados miembros y Suiza,

⁹¹⁷ Propuesta de DECISIÓN DEL CONSEJO relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo modificativo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses /* COM/2015/0151 final - 2015/0076 (NLE) */

⁹¹⁸ Decisión 2004/911/CE, de 2 de junio de 2004.

expresando la intención de que su entrada en vigor se produzca a partir del 1 de enero de 2017, fecha en la que dejaría de aplicarse la retención sobre intereses percibidos por personas físicas que practican los pagadores suizos.

-Se adapta, conforme al texto más reciente del modelo de convenio tributario de la OCDE, el intercambio de información rogado que actualmente se realiza conforme a lo dispuesto en la Decisión 2004/911 y no cumplía con los requerimientos exigidos por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información.

VI. LA REGULACIÓN LEGAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN SUIZA

Sumario

VI.1 INTRODUCCIÓN VI.2 SUSTRATO JURÍDICO TRADICIONAL DE LA ASISTENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA EN MATERIA FISCAL VI.3 EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN SUIZA FRENTE AL MCOCDE VI.3.1 Examen de avances según el Foro Mundial sobre Transparencia e Intercambio de Información VI.4 ORDENACION LEGAL DE LA ASISTENCIA ADMINISTRATIVA EN SUIZA: LAAF VI.4.1 La obtención de la información VI.4.2 Procedimiento de remisión de información. VI.4.3 La revisión de la LAAF VI.5 LA ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA FISCAL VI.5.1 La revisión de la EIMP VI.6 EL ACUERDO SOBRE LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE CON LA UE.

VI.1 INTRODUCCIÓN

Por oposición a la asistencia judicial en materia fiscal, que se refiere a las relaciones entre las autoridades judiciales de Estados diferentes y se rige por la “Ley Federal sobre asistencia internacional en materia penal” de 20 de marzo de 1981⁹¹⁹ (en adelante EIMP) así como por los tratados bilaterales, la asistencia administrativa se aplicará a las relaciones entre las autoridades administrativas, y está regulada por los Convenios de doble imposición, los Acuerdos de Intercambio de Información así como, entre

⁹¹⁹ “Loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale” RS 351.1

Suiza y la Unión Europea, por el Acuerdo sobre la fiscalidad del ahorro.

La posición de Suiza en materia de asistencia administrativa en el ámbito fiscal ha sufrido en los últimos años cambios importantes. Aunque durante décadas el intercambio fue muy restringido en los últimos años esta posición ha venido sufriendo importantes modificaciones, principalmente por la presión ejercida por parte de los Estados Unidos y de los Estados miembros de la Unión Europea. El cambio principal, que supone un cambio de paradigma en la concepción tradicional de Suiza en la lucha contra los delitos fiscales, tuvo lugar el 13 de marzo 2009, fecha en que el Consejo federal decidió aceptar las normas de la OCDE en la materia de conformidad con el art. 26 del Modelo de Convenio de la OCDE⁹²⁰, retirando la reserva formulada por Suiza con respecto al art. 26 de este Modelo y aceptando entablar negociaciones con miras a revisar los CDI firmados para adaptarlos al nuevo enfoque.

A pesar de las precauciones tomadas en la redacción del comunicado⁹²¹, tras la lectura del mismo numerosas voces se alzaron anunciando el tan temido por Suiza fin del secreto bancario, lo que motivó que al día siguiente el Département fédéral des finances (DFF en adelante) tuviera que salir al paso con un breve comunicado en el que precisaba que el

⁹²⁰ DFF, *La Suisse entend reprendre les standards de l'OCDE relatifs à l'assistance administrative en matière fiscale*. Disponible en <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=fr&msg-id=25863>.

⁹²¹ “.....Les possibilités d'accès des autorités fiscales suisses aux informations bancaires, telles que définies dans le droit interne, ne sont en rien modifiées par cette décision.

Le Conseil fédéral reconnaît que le souhait de protéger adéquatement la sphère privée des citoyens est toujours fortement ancré dans la population suisse. C'est pourquoi il tient à maintenir le secret bancaire et rejette fermement l'échange automatique de renseignements. La protection de la sphère privée des clients contre la consultation injustifiée d'informations relatives à leur situation patrimoniale est toujours garantie”.

secreto bancario se mantenía⁹²².

VI.2 SUSTRATO JURÍDICO TRADICIONAL DE LA ASISTENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA EN MATERIA FISCAL

Para comprender las razones de la posición mantenida respecto al intercambio de información fiscal por la Confederación Helvética hasta 2009 conviene hacer un breve análisis previo de las peculiaridades del derecho interno suizo en materia de derecho penal fiscal y de secreto bancario y sus consecuencias sobre el intercambio de información. La posición tradicional Suiza en materia de intercambio de información es muy peculiar y se diferencia en muchos aspectos de la de la mayoría de los demás Estados⁹²³.

Los fundamentos de esta posición son diversos. En primer lugar Suiza, a diferencia de muchos Estados y de la OCDE, siempre ha considerado que los CDI no tienen por objetivo de luchar contra el fraude o la evasión fiscal, pues tienen como único objetivo evitar que los contribuyentes sean gravados en dos Estados diferentes por un impuesto de la misma naturaleza sobre las mismas rentas es decir, luchar contra la doble imposición jurídica internacional⁹²⁴. En consecuencia, Suiza estima que para luchar contra la

⁹²² Disponible en <http://www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=fr&msgid=25889>.

⁹²³ Sobre la posición tradicional suiza en materia de intercambio de información vid. BONVIN, M., "L'échange de renseignements suivant les nouvelles conventions franco-suisse et américaino-suisse : le changement que ces conventions représentent du point de vue suisse", *Not@lex*, núm 4/2010, pág. 105-147.

⁹²⁴ OBERSON, X., "Coordination entre l'Union européenne et la Suisse de l'imposition des revenus de l'épargne", en THEVENOZ, L. y BOVET, Ch. (dir), *Journée 2001 de droit bancaire et financier*, Stämpfli, Berna, 2002, pág. 51. Sobre el concepto

evasión fiscal es preferible utilizar otros medios distintos y no el intercambio de información, por lo que optó por un sistema de retención de la fuente⁹²⁵, cuya tipo es el más alto entre los países de la OCDE⁹²⁶.

Este sistema es el del impuesto anticipado previsto en la Loi fédérale sur l'impôt anticipé de 13 de octubre de 1965⁹²⁷ (en adelante LIA), que prevé un tipo del 35% sobre los rendimientos del capital mobiliario, las ganancias de lotería y los ingresos procedentes de seguros⁹²⁸. Las personas que residen en el extranjero únicamente pueden obtener el reembolso de este impuesto invocando un CDI firmado entre Suiza y su país de residencia, en cuyo caso las autoridades fiscales suizas pueden intercambiar la información necesaria para la aplicación de dicho CDI. Este sistema permite alentar a los contribuyentes a declarar los ingresos gravados por el impuesto anticipado a fin de obtener su devolución⁹²⁹.

La concepción tan particular de Suiza encuentra su explicación en que también su derecho penal fiscal interno es diferente del de otros Estados, ya que la mayoría de los Estados consideran que el fraude fiscal cometido intencionalmente por el contribuyente (a partir de ciertos límites cuantitativos) constituye un delito penal, que se considera una mera

de doble imposición jurídica vid. OBERSON, X., *Précis de droit fiscal international*, 2ª ed., Stämpfli, Berna, 2004, pág. 2.

⁹²⁵ OBERSON, X., "Coordination entre l'Union européenne et la Suisse de l'imposition des revenus de l'épargne", en THEVENOZ, L. y BOVET, Ch. (dir), *Journée 2001 de droit bancaire et financier*, op. cit., pág. 52.

⁹²⁶ OCDE, *Harmful Tax Competition*, op. cit., anexo II.

⁹²⁷ RS 641.21

⁹²⁸ Art. 1.1 y art. 13 LIA.

⁹²⁹ OBERSON, X., "Coordination entre l'Union européenne et la Suisse de l'imposition des revenus de l'épargne", en L. THEVENOZ, Ch. BOVET (dir), *Journée 2001 de droit bancaire et financier*, op. cit., pág. 52.

infracción tributaria únicamente cuando no existe dolo. En Suiza por el contrario, la ley distingue dos tipos de infracciones en materia de impuestos directos: la sustracción y la evasión fiscal. Esta distinción es la base de todo el sistema de asistencia administrativa suizo⁹³⁰, de modo que el criterio para calificar un hecho como fraude o delito fiscal no es el de la intensidad de la culpa sino el uso o no de un título o documento falso.

Se considera que existe sustracción de impuestos cuando el contribuyente, intencionalmente o por negligencia provoca que la imposición no se aplique o se aplique de forma parcial, así como en el caso en que, igualmente de forma intencionada o por negligencia, no retenga o retenga un importe menor al legalmente establecido, u obtenga una devolución indebida de un impuesto⁹³¹. Esta infracción supone la existencia de una declaración fiscal incorrecta en la cual el contribuyente omite la declaración de uno o varios elementos de su renta o patrimonio que tenía la obligación de incluir en la misma⁹³² y que por tanto es conocida de la Administración tributaria una vez presentada⁹³³. La sustracción fiscal supone en primer lugar la realización de una condición objetiva; es preciso que los actos del contribuyente tengan por resultado

⁹³⁰ OBERSON, X., "Refonte de la fiscalité: Une boîte de Pandore", *La Lettre du Groupement des Banquiers Privés Genevois*, n° 34 mayo 2008, pág. 4.

⁹³¹ Art. 175 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct de 14 de diciembre de 1990 (en adelante LIFD) RS 642.11 y art. 56.1 Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes de 14 diciembre de 1990 RS 642.14 (en adelante LHID)

⁹³² REICHEN, N., "Evasión, soustraction et fraude fiscales et blanchiment de capitaux", *L'expert comptable suisse*, núm. 8/2002, pág. 706.

⁹³³ RYSER W. y ROLLI, B., *Précis de droit fiscal suisse (impôts indirects)*, 4ª edic., Stämpfli, Berna, 2002, lecc. 60, , pág. 503.

concreto una omisión de imposición o una imposición incompleta⁹³⁴. El impuesto sustraído será la diferencia entre el importe determinado por el contribuyente y el que hubiera resultado de la correcta aplicación de la normativa reguladora del impuesto. La segunda condición es subjetiva, es preciso que el contribuyente sea culpable. La culpa puede ser deliberada, en caso de que el contribuyente sea consciente de que la declaración presentada es incorrecta o incompleta, o por negligencia, cuando el contribuyente, por una imprudencia culpable, no tiene en cuenta las consecuencias de su acto. La culpa puede derivarse tanto de una actuación, por ejemplo, cuando el contribuyente incluye datos inexactos, como de una omisión, por ejemplo cuando el contribuyente oculta de elementos que forman parte de la base imponible⁹³⁵. Por último, debe existir una relación de causalidad natural y adecuada entre el comportamiento del contribuyente y la pérdida de ingresos fiscales sufrida por el Estado⁹³⁶.

La sustracción es una infracción fiscal cuya sanción está regulada en el ámbito del derecho sancionador administrativo, siendo la Administración fiscal la competente para sancionarla, pudiendo recurrir únicamente a los medios previstos por la normativa fiscal sin poder adoptar medidas coercitivas⁹³⁷. La sanción consiste en una multa, que se fija en función del

⁹³⁴ OBERSON, X., *Droit fiscal suisse*, 3ª Ed., Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2007, pág. 509.

⁹³⁵ RIVIER, J.M., *Droit fiscal suisse : l'imposition du revenu et de la fortune*, 2ª Edic., edit. Lausanne, Lausanne, 1998, pág. 264.

⁹³⁶ RIVIER, J.M., *Droit fiscal suisse : l'imposition du revenu et de la fortune*, op. cit., pág. 265.

⁹³⁷ TORRIONE, H., "Les infractions fiscales en matière d'impôts directs et dans le domaine de l'impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA", en OBERSON, X., TORRIONE, H. y otros, *Les procédures en droit fiscal*, 2ª Edic., Ordre Romande des experts fiscaux diplômés (OREF), Berna, 2005, pág. 1053.

importe sustraído al Fisco y del grado de culpabilidad del autor⁹³⁸.

Frente a la figura de la sustracción el derecho suizo contempla la figura de quien, con el objetivo de realizar una sustracción de impuestos, utiliza títulos falsos, falsificados o inexactos en cuanto a su contenido, cometiendo entonces un “fraude fiscal”⁹³⁹ (también llamada “uso de falsos” (“usage de faux”)) que es considerado delito. Esta definición considera el uso de un medio particular, el título falso, como determinante para la configuración del ilícito penal. Se trata de un modelo de defraudación basado en el concepto de falsedad en los títulos, también denominado “Urkundemodell”⁹⁴⁰, opuesto al “Arglistmodell”, en el que lo determinante es la práctica de un engaño con astucia, se utilice o no “un falso”. El “Arglistmodell” es el modelo utilizado para definir el fraude fiscal propio de los impuestos indirectos⁹⁴¹, la “escroquerie fiscal”.

El fraude fiscal implica el uso por parte del contribuyente de un falso título como medio de prueba ante la autoridad fiscal competente, sin importar si el título ha sido o no elaborado por él mismo. El derecho suizo entiende por “título” cualquier escrito destinado y apto para probar un hecho con alcance jurídico y todos los elementos indiciarios destinados a probar tal hecho. Se asimilan a escritos los registros en soportes de datos y en soportes de imagen si tienen idéntico destino⁹⁴². No se considera título la propia declaración de un impuesto, pero sí los documentos que pudieran

⁹³⁸ OBERSON, X., *Droit fiscal suisse*, op. cit., pág. 511 n° 24.

⁹³⁹ Art. 186.1 LIFD y art. 59.1 LHID.

⁹⁴⁰ TORRIONE, H., “Les infractions fiscales en matière d’impôts directs et dans le domaine de l’impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA”, op.cit., pág. 921.

⁹⁴¹ Art. 14 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0). Se trata de la denominada “escroquerie fiscal”.

⁹⁴² Art. 110.4 Code pénal suisse de 21 de diciembre de 1937 (RS 311.0) (en adelante CP).

anexarse a la misma⁹⁴³. Para que haya fraude fiscal, es necesario que el título utilizado sea falso, falsificado o incorrecto en cuanto a su contenido⁹⁴⁴.

Para la existencia de fraude fiscal la intención del autor es una condición indispensable, y existiendo tal intención existirá fraude fiscal incluso si no se llega a alcanzar el beneficio económico esperado (la sustracción de impuestos), bien sea en forma de reducción de cuotas o devolución de las mismas. Se trata del dolo intencional (“dol eventuel”), existiendo éste cuando el contribuyente acepta la idea de tratar de engañar a las autoridades fiscales creando pruebas falsas⁹⁴⁵. El “uso de falsos” es un delito que afecta únicamente a los impuestos directos, siendo la justicia penal ordinaria la competente para juzgar y sancionar este tipo de infracción⁹⁴⁶.

⁹⁴³ TORRIONE, H., “Les infractions fiscales en matière d’impôts directs et dans le domaine de l’impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA”, op. cit., pág. 1057 y ss.

⁹⁴⁴ -Un título es falso cuando se crea con el objetivo de hacer creer a un tercero que ha sido expedido o elaborado por alguien que realmente no es el autor.

-Un título es falsificado cuando su contenido se ha modificado de manera ilícita acerca de un hecho, cuando el documento se expidió inicialmente con la finalidad de probar un hecho distinto.

-Un título es inexacto en cuanto a su contenido cuando los hechos que él constate, y que sean jurídicamente determinantes, no corresponden a la realidad, ya sea porque son incorrectos o porque son incompletos. Vid. ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS (Division principale de l’impôt fédéral direct), Circulaire n° 21 aux administrations cantonales de l’impôt fédéral direct, Période fiscale 1995/1996, “Le droit de rappel d’impôt et le droit pénal fiscal dans la loi sur l’impôt fédéral direct”, Berna, 7 de abril 1995, pág. 39.

⁹⁴⁵ RYSER, W. y ROLLI, B., *Précis de droit fiscal suisse (impôts indirects)*, op. cit., pág. 513 n° 69.

⁹⁴⁶ Art. 186.3 de la LIFD.

En resumen, en Suiza cabe distinguir entre⁹⁴⁷:

- La sustracción fiscal recogida en el artículo 175 de la “Loi fédérale sur l’impôt fédéral direct” (LIFD). Se define como un comportamiento tendente a eludir la imposición de un tributo o a conseguir una imposición incompleta.

- El fraude fiscal recogido en el artículo 18 LIFD, que se define como una sustracción cualificada acompañada de títulos falsos (doble contabilidad, facturas falsas, balances o cuentas de pérdidas y ganancias incorrectos, etc...)

- La “escroquerie” fiscal, que podemos traducir como estafa fiscal, en los términos del artículo 14.2 DPA. Se trata de un caso de fraude en el que se da un engaño con astucia que consigue eludir al fisco importes importantes⁹⁴⁸.

El segundo pilar de la tradicional posición suiza respecto a la asistencia administrativa lo constituye la existencia del secreto bancario que motivó sus reservas iniciales al párrafo 5 del artículo 26 del MCOCDE. El secreto bancario es una institución del derecho interno suizo, y conlleva la obligación de discreción por parte de los bancos⁹⁴⁹, pudiendo no obstante el cliente autorizar al banco a divulgar información concerniente su persona⁹⁵⁰. Las excepciones a este deber de confidencialidad se someten al principio de legalidad, siendo necesaria una base legal expresa para que

⁹⁴⁷ MERHAI, J. y LECHAUD, Ch., “Conventions de double imposition, accords fiscaux et secret bancaire”, en AUGSBURGER-BUCHELI, I. y PERRIN, B. (dir.), *Les enjeux juridiques du secret bancaire*, Schulthess Éd. Romandes, Ginebra, 2011, pág. 157.

⁹⁴⁸ Art. 24.1 OEIMP y art. 14.2 DPA.

⁹⁴⁹ Art. 47 Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d’épargne (RS 952.0) (en adelante LB).

⁹⁵⁰ LOMBARDINI, C., *Droit bancaire suisse*, 2ª edic., Schulthess, Zürich, 2008, pág. 632.

estas instituciones puedan transmitir la información protegida por el secreto⁹⁵¹.

La institución del secreto bancario, destinada a proteger la esfera privada del individuo⁹⁵², reposa sobre el principio, recogido en las leyes federales y cantonales⁹⁵³, de que el contribuyente es el centro del procedimiento impositivo, siendo él mismo quien debe completar sus declaraciones, completarla si resultan incompletas y justificarlas documentalmente ante las autoridades fiscales, incluso aportando documentos bancarios si resulta necesario. De este modo, la obligación de discreción que obliga a los bancos, como secreto profesional legalmente protegido, rige incluso frente a las autoridades fiscales⁹⁵⁴, a las que los bancos no pueden transmitir información relativa a su cliente sin previa autorización del mismo. No obstante el derecho suizo admite que en caso de sospecha de sustracción continuada de importantes importes de impuestos no pueda oponerse el secreto bancario⁹⁵⁵, en cuyo caso el jefe del Departamento Federal de Finanzas (DFF) puede autorizar a la Administration Fédérale des Contributions (en adelante AFC) a recabar información bancaria.

Pero el secreto bancario suizo presenta una importante particularidad, pues, frente a otras regulaciones del secreto bancario que establecen que la documentación bancaria no puede transmitirse por parte de los bancos

⁹⁵¹ ZUFFEREY, J. B., CASA, S. y GRISEL, C., "Secret bancaire et obligation administrative de collaborer : une rivalité traditionnelle sous un jour changeant", en ZEN-RUFFINEN, P., *Les secrets et le droit*, universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, enseignement de 3eme cycle de droit, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, 2004, pág. 223.

⁹⁵² Vid. supra I.1.2.

⁹⁵³ AUBERT, M. y otros, *Le secret bancaire suisse*, 3ª édition, op.cit., pág. 216 s.

⁹⁵⁴ Art. 127.2 LIFD y art. 43.2 LHID.

⁹⁵⁵ Art. 190 LIFD

excepto en caso de delito fiscal, la legislación suiza no califica como delito la sustracción fiscal⁹⁵⁶, por lo que en este caso el secreto bancario sigue operando frente a las autoridades fiscales. Incluso opera en caso de utilización de estructuras elaboradas para conseguir la evasión de impuestos⁹⁵⁷. En caso de delito fiscal no puede oponerse el secreto bancario, debiendo los bancos proporcionar la información requerida por las autoridades judiciales. La no calificación de la sustracción fiscal como delito es la causa de que Suiza, en materia de asistencia administrativa en materia fiscal, haya denegado tradicionalmente intercambiar información bancaria en los casos de sustracción fiscal.

Desde ese punto de vista podría explicarse la postura de no proporcionar a Administraciones extranjeras mayores medios o instrumentos de los que goza la propia Administración suiza, aunque Suiza llevó este concepto un poco más allá al rechazar frecuentemente cualquier tipo de información tendente a la aplicación del derecho interno del Estado requirente. Incluso se denegaba información en los casos de fraude fiscal probado, y pudiendo obtener la Administración suiza la información solicitada por sus medios

⁹⁵⁶ Excepto la sustracción fiscal grave conforme al art. 190 LIFD:

“Art. 190. Conditions.

1. Lorsqu’il existe un soupçon fondé de graves infractions fiscales, d’assistance ou d’incitation à de tels actes, le chef du Département fédéral des finances peut autoriser l’Administration fédérale des contributions à mener une enquête en collaboration avec les administrations fiscales cantonales.

2. Par grave infraction fiscale, on entend en particulier la soustraction continue de montants importants d’impôt (art. 175 et 176) et les délits fiscaux (art. 186 et 187).”

⁹⁵⁷ TORRIONE, H., “Les infractions fiscales en matière d’impôts directs et dans le domaine de l’impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA”, op. cit., págs. 907 y ss. y TORRIONE, H., “Abus (impôt éludé), fraude et soustraction en droit fiscal suisse : une étude comparative de ces notions à partir de la jurisprudence du TF et de l’arrêt du TAF du 5.3.2009 dans l’affaire UBS”, en GLAUSER, P. M. (Ed): *Evasión fiscal. Une approche théorique et pratique de l’évasion fiscale*, Schulthess, Zürich, 2010, pág. 149 ss.

internos, se ha venido denegando la entrega de información por parte de la AFC.

VI.3 EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN SUIZA FRENTE AL MCOCDE

El MCOCDE, en virtud de su artículo 26, excede, como se indicó anteriormente, el concepto tradicional suizo de la finalidad de un CDI, por lo que los Convenios suscritos por este país no respondían a lo dispuesto en este modelo en lo relativo a sus disposiciones respecto al intercambio de información⁹⁵⁸, puesto que Suiza había manifestado sus reservas, hasta 2009, a los apartados 1 y 5 de este artículo⁹⁵⁹. Suiza siempre se mostró reacia al intercambio de información contenido en este modelo, que recoge la aplicación de dicho intercambio para permitir la aplicación del derecho interno de los Estados contratantes, pues como se señaló anteriormente Suiza entendía que la función de los CDI es evitar la doble imposición, no la lucha contra el fraude⁹⁶⁰. Se trata de lo que en Suiza se conoce como la “grande entraide”. Hasta esa fecha la posición mantenida por Suiza era la de aplicar la “petite entraide”, es decir la de rechazar cualquier requerimiento destinado a aplicar el derecho interno del país requirente.

La mayoría de los CDI firmados por Suiza no contenían una cláusula específica de intercambio de información, limitándose sus autoridades a intercambiar la información necesaria para la correcta aplicación de los Convenios, y las existentes tenían para ellas un mero rango declarativo⁹⁶¹.

⁹⁵⁸ OBERSON, X., *Précis de droit fiscal International*, op. cit., pág. 19.

⁹⁵⁹ Comentario núm. 24 al art. 26 del MCOCDE.

⁹⁶⁰ GRÜNINGER, H. y KELLER, A., “Internationale Amts und Rechtshilfe durch Informationsaustausch”, *Archives de droit fiscal suisse*, núm. 65, Berna, 1992, pág. 127.

⁹⁶¹ LÜTHI, D., “Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht der Schweiz”,

No obstante hay que señalar que en lo referente a la correcta aplicación de los Convenios Suiza a adoptado una posición más restrictiva que la de la OCDE, puesto que ante un requerimiento analiza la situación conforme al derecho interno del país solicitante y después conforme a lo dispuesto en el Convenio. Sólo en el caso de que la recaudación fiscal del Estado requirente se vea reducida por la aplicación del Convenio responderá a la demanda, mientras que si la reducción afecta a impuestos suizos no entrega la información⁹⁶². Así, en aplicación del art. 12 del MCOCDE, el Estado de residencia del beneficiario de un canon podrá solicitar al Estado de residencia del pagador información sobre el importe del canon transmitido lo que, según la OCDE tiene por objeto la correcta aplicación del Convenio. Sin embargo no ocurre así según la interpretación suiza que entiende que, como el canon únicamente puede ser gravado en el Estado de residencia del perceptor, de la aplicación del Convenio no se deriva ninguna ventaja fiscal para ese Estado, lo que impide la entrega de información. En tal situación, la Administración federal de contribuciones niegue el intercambio de información al entender que no está encaminada a la correcta aplicación de la Convención sino a la aplicación del derecho interno del Estado contratante, más precisamente de su imposición sobre los cánones⁹⁶³.

La evolución de la postura Suiza en este aspecto se vio reflejada en el CDI Suiza-Francia de 2009, donde, al igual que posteriormente en otros CDI revisados por este país como el de España, se ha sustituido las frases del tenor de que intercambiarán la información “para aplicar lo dispuesto

en *Handbuch des Internationalen Steuerrecht der Schweiz*, 2ª edic., edit. Höhn, Berna-Stuttgart-Viena, 1993, pág. 444.

⁹⁶² WALDBURGER, R., “Assistance administrative et entraide judiciaire internationales en matière fiscale”, en OBERSON, X., TORRIONE, H. y otros: *Les procédures en droit fiscal*, op. cit., pág. 1096 y 1097.

⁹⁶³ WALDBURGER, R., “Assistance administrative et entraide judiciaire internationales en matière fiscale”, op.cit., pág. 1097.

en el presente Convenio relativo a los impuestos objeto del mismo” a otras señalando que se llevará a cabo el intercambio de “la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio”⁹⁶⁴. Según el modelo OCDE, un intercambio de información también debe tener lugar para permitir la aplicación del derecho interno de los Estados contratantes, la denominada en Suiza “grande entraide”. Suiza nunca aceptó este motivo para el intercambio de información y mantuvo una reserva al art. 26.1 del MCOCDE.

Un cambio importante en el intercambio de información para su aplicación al derecho interno se produce en 2002, cuando Suiza acuerda con Alemania la asistencia administrativa para la aplicación del derecho interno en caso de fraude fiscal⁹⁶⁵ conforme al principio de doble incriminación⁹⁶⁶. Afecta a lo que en derecho interno suizo se entiende por uso de falsos en la imposición directa⁹⁶⁷ y a la “escroquerie” fiscal⁹⁶⁸ en caso del IVA, impuestos anticipados y derechos de timbre. En estos caso el secreto bancario puede ser levantado, pero únicamente si las autoridades penales pueden actuar.

En 2004 Suiza modifica su reserva al art. 26 del MCOCDE, pasando a aceptar el intercambio de información para la aplicación del derecho

⁹⁶⁴ Vid. Protocolo entre el Reino de España y la Confederación Suiza que modifica el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio firmado en Berna el 26 de abril de 1966, y su Protocolo, modificados por el Protocolo firmado en Madrid el 29 de junio de 2006, hecho en Madrid el 27 de julio de 2011 (en adelante Protocolo de modificación) BOE 11 de junio de 2013. Disponible en http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/Protocolo_Suiza-2013.pdf.

⁹⁶⁵ Art. 27.1.b) del CDI entre Suiza y Alemania.

⁹⁶⁶ Art. 3.a) del Protocolo del Convenio entre Suiza y Alemania, firmado en 2002.

⁹⁶⁷ Art. 186 LIFD y art. 59 LHID.

⁹⁶⁸ Art. 14.2 DPA.

interno del Estado demandante para todos los casos de fraude fiscal que conlleven condena de prisión en virtud de la legislación de los Estados contratantes⁹⁶⁹. Además Suiza comienza a introducir en sus CDI's el intercambio de información en los casos en que estén implicadas sociedades "holding". Por otro lado el Acuerdo sobre la fiscalidad del ahorro firmado con la Unión Europea firmado el 26 de octubre de 2004 contiene un Memorandum de acuerdo que invita a Suiza a renegociar sus Convenios para incluir la asistencia administrativa para todos los casos, administrativos y penales, de fraude fiscal, así como a definir y tasar los casos considerados como "infracción equivalente"⁹⁷⁰. A partir de este momento la estrategia Suiza consistirá, no en abandonar el principio de doble incriminación, sino en ampliar el reconocimiento de situaciones constitutivas de fraude fiscal conforma a las exigencias de la OCDE. La retirada total de la reserva al art. 26 en marzo de 2009 supone la aceptación por parte de Suiza del intercambio de información fiscal destinado a la correcta aplicación del derecho interno del otro Estado contratante, sin restricciones en cuanto al tipo de infracción de que se trate, es decir la tan temida por Suiza "grande entraide".

Respecto al secreto bancario, como se señaló en capítulos anteriores, el

⁹⁶⁹ Párrafo 24 de los Comentarios al art. 26 del MCOCDE.

⁹⁷⁰ Punto 2 del "Memorandum d'entente" que prevé que tras su firma "... la Suisse et chaque État membre de l'Union européenne engagent des négociations bilatérales en vue:

- d'inclure dans leurs conventions respectives de double imposition concernant le revenu et la fortune des dispositions sur l'assistance administrative sous la forme d'un échange de renseignements sur demande concernant tous les cas administratifs, civils ou pénaux de fraude fiscale au regard de la législation de l'État requis, ou les infractions équivalentes portant sur des éléments de revenu ne relevant pas de l'accord mais couvert par leurs conventions respectives;

- de définir les catégories de cas constituant des "infractions équivalentes" au regard de la procédure d'imposition appliquée par ces États."

art. 26.5 MCOCDE exige que el Estado requerido debe obtener y entregar la información aún en el supuesto de que su normativa interna o su práctica administrativa no lo permitan, por lo que no se podría rechazar un requerimiento invocando la existencia del secreto bancario. Durante muchos años, Suiza ha formulado una reserva al art. 26.5 del MCOCDE, considerando que el secreto bancario constituía una excepción al principio del intercambio de información para la correcta aplicación del Convenio, justificando esta posición al entender incluido el secreto bancario en el concepto de “secreto profesional o comercial” del art. 26.3.c) del modelo OCDE⁹⁷¹, en contra de la posición mantenida por esta Organización⁹⁷².

Para solucionar esta cuestión sin modificar la legislación interna sobre secreto bancario, Suiza ha venido haciendo frente a este tipo de requerimientos inspirándose en el CDI Bélgica-USA, estipulando directamente en los Convenios que el Estado requerido tiene poder para conseguir esta información no obstante toda limitación del derecho interno⁹⁷³, aprovechando el rango jerárquico superior de los Convenios y su aplicación directa a la legislación suiza. El objetivo de esta medida es preservar la distinción entre fraude y sustracción fiscal y la prohibición de acceso directo a los datos bancarios por parte de las autoridades fiscales suizas para casos importantes de sustracción.

Pero poco a poco esta posición se ha ido modificando como consecuencia de la presión internacional. Así en 1996, la revisión del CDI con EEUU y de sus Protocolos, permite el intercambio de información fiscal de documentos bancarios en los casos de uso de falsos y de estafa

⁹⁷¹ LÜTHI, D., “Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht der Schweiz”, en *Handbuch des Internationalen Steuerrecht der Schweiz*, op.cit., pág. 442.

⁹⁷² Comentario 19.1 al art. 26 del MCOCDE.

⁹⁷³ Vid artículo 25.4 del CDI Bélgica-USA de 17 de noviembre de 2006.

fiscal (escroquerie fiscal) en el sentido del derecho interno suizo⁹⁷⁴. La revisión del CDI va un paso más allá al contemplar el levantamiento del secreto bancario en caso de estafa fiscal (escroquerie) en materia de impuestos directos, algo no permitido a nivel interno. Un nuevo avance se produce con la modificación de su reserva al art. 26 del MCOCDE (versión 2005)⁹⁷⁵ supone aceptar el intercambio de información bancaria para los casos de fraude fiscal que conlleven condena de prisión en virtud de la legislación de los Estados contratantes⁹⁷⁶. Cuando Suiza incluía esta cláusula en un Convenio no estaba debilitando su secreto bancario, pues éste no se levantaba más que en caso de sospecha de infracción penal en el sentido del derecho suizo. La cancelación total de su reserva art. 26 del MCOCDE el 13 de marzo 2009 supuso la modificación radical de su postura⁹⁷⁷, puesto que una vez que los CDI firmados por Suiza integren esta modificación deberá proceder al intercambio de todo tipo de documentos, incluidos los datos bancarios⁹⁷⁸, que puedan servir para la aplicación del Convenio o del derecho interno del Estado requirente, independientemente de si se trata o no de un delito fiscal y de la fase en que se encuentre el

⁹⁷⁴ Fallo del Tribunal Fédéral (TF) 2A.551/2001 de 12 de abril 2002.

⁹⁷⁵ La nueva reserva se formula del siguiente tenor: “La Suisse réserve sa position à l’égard des paragraphes 1 et 5. Elle proposera de limiter l’application de cet article aux renseignements qui sont nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la Convention. Cette réserve ne s’appliquera pas aux cas impliquant des actes de fraude passible d’emprisonnement en vertu de la législation des deux États contractants”.

⁹⁷⁶ Párrafo 24 de los Comentarios al art. 26 del MCOCDE.

⁹⁷⁷ DFF, La Suisse entend reprendre les standards de l’OCDE relatifs a l’assistance administrative en matière fiscale.

⁹⁷⁸ BEHNISCH, U., “Neue Entwicklungen der internationalen Amtshilfe im Bereich der Direkten Steuern: Durchbrechung des Bankgeheimnisses ohne substantielle Zugeständnisse des Auslandes?”, *L’Expert comptable suisse*, 2010, pág. 67.

procedimiento⁹⁷⁹.

Esto supone que el secreto bancario no podrá amparar una negativa a proporcionar información, incluso en caso de sustracción fiscal no constitutiva de delito conforme a la legislación suiza, con lo que las autoridades fiscales de terceros países gozarán de una situación de privilegio para el acceso a datos bancarios con la que no cuenta la propia Administración tributaria suiza, que se ve imposibilitada para solicitar esta información en caso de sustracción fiscal⁹⁸⁰. Los Convenios que integran esta modificación constituyen la base jurídica sobre la que las autoridades suizas podrán obtener esta información a solicitud de las autoridades extranjeras, y ello por aplicación del principio jerárquico que posiciona a los Convenios Internacionales por encima de la ley interna y por la aplicabilidad directa de los mismos que hace innecesaria la modificación del derecho interno⁹⁸¹.

Respecto a las tres modalidades de intercambio de información contempladas en el MCOCDE, Suiza, tradicionalmente, ha venido proporcionando información únicamente bajo la modalidad de demanda de la autoridad competente de otro Estado. Esta es la modalidad de intercambio recogida en todos sus Convenios, no contemplando la posibilidad de aplicar en ningún caso un intercambio automático ni

⁹⁷⁹ OCDE, “Módulo sobre aspectos generales y legales del intercambio de información”, en *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios*, Comité de Asuntos Fiscales, pág. 6, Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/41814314.pdf>

⁹⁸⁰ WALDBURGER, R., “Aktuelle Entwicklungen in der schweizerischen Amtshilfe im Steuerbereich”, *Revue suisse de droit des affaires*, 2009, pág 488 a 490.

⁹⁸¹ BOCHATAY, J. L., FAVRE, M. y WASEM, J. M., “L’entraide administrative selon les standards de l’OCDE: la nouvelle politique de la Suisse”, *L’Expert comptable suisse*, núm. 4, 2010, pág. 213.

espontáneo de información como contempla la OCDE⁹⁸². Fruto de la política restrictiva suiza sobre el intercambio de información ni siquiera se han previsto las normas legales necesarias para realizar tales tipos de intercambio⁹⁸³. Esta postura no se vio modificada tras la retirada en 2009 de las reservas planteadas al art. 26 del MCOCDE como se encargó de señalar el DFF en su Comunicado de prensa, señalando expresamente que el Conseil Fédéral rechaza tajantemente el intercambio automático de información⁹⁸⁴.

La forma o el contenido del requerimiento de información no se precisa en el MCOCDE, si bien señala que se intercambiará “la información previsiblemente pertinente”, a fin de evitar las “fishing expeditions”⁹⁸⁵. El MAOCDE precisa, en el artículo 5.5, el contenido del requerimiento, señalando la información que deberá remitir la autoridad requirente a la autoridad competente de la parte requerida. Suiza siempre ha exigido que los requerimientos se hagan de forma escrita y se ha opuesto a las “fishing expeditions”, y esta oposición se mantiene en la actualidad como manifestó en la retirada definitiva de reservas al art. 26 en 2009⁹⁸⁶.

La respuesta a estos requerimientos tradicionalmente se viene haciendo en Suiza en forma de informes oficiales, nunca documentos originales, que se envían a las autoridades extranjeras. Aunque no contraviene en lo fundamental la posición de la OCDE, ésta sí que hace hincapié en que la

⁹⁸² Párrafo 9 de los Comentarios al art. 26 MCOCDE.

⁹⁸³ WALDBURGER, R., “Assistance administrative et entraide judiciaire internationales en matière fiscale”, op.cit., pág. 1096.

⁹⁸⁴ DFF, La Suisse entend reprendre les standards de l’OCDE relatifs a l’assistance administrative en matière fiscale, op. cit.

⁹⁸⁵ Comentario 5 al art. 26 MCOCDE.

⁹⁸⁶ DFF, La Suisse entend reprendre les standards de l’OCDE relatifs a l’assistance administrative en matière fiscale, op. cit.

información enviada se atenga a las condiciones legales que exija la legislación del Estado requirente a fin de que sirvan de prueba⁹⁸⁷. No obstante también precisa que no se podrá exigir a un Estado enviar la información en un formato desconocido para ella o que no permita su legislación interna, pudiendo remitir la información en el formato que considere pertinente.

Respecto a los impuestos que se ven afectados por el intercambio de información el MCOCDE en su artículo 2 señala que afecta a los impuestos sobre la Renta o el Patrimonio, quedando fuera de su ámbito impuestos como el IVA. Sin embargo el art. 26.1 del MCOCDE permite extender esta colaboración a cualquier tipo de impuesto. Tradicionalmente Suiza limitaba su asistencia a los impuestos señalados en el artículo 2 del MCOCDE, y esta posición se mantuvo incluso tras la retirada de la reserva al art. 26 de marzo de 2009⁹⁸⁸, aunque en la actualidad los Convenios revisados ya recogen la no restricción del intercambio de información a lo dispuesto en el artículo 2.

VI.3.1 EXAMEN DE AVANCES SEGÚN EL FORO MUNDIAL SOBRE TRANSPARENCIA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN.

El Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información (en adelante Foro Global), creado en el año 2000, reúne en la actualidad a 120 países en condiciones paritarias (miembros y no miembros de la OCDE), que se han comprometido en la transparencia y el intercambio de información. Inicialmente formado exclusivamente por países miembros de la OCDE, actualmente forman parte del Foro otros países y jurisdicciones,

⁹⁸⁷ Comentario 10.2 al art. 26 MCOCDE.

⁹⁸⁸ Por ejemplo el art. 25.bis del Convenio España-Suiza según Protocolo de 29 de junio de 2006.

algunas de ellas reputados centros financieros⁹⁸⁹

En la reunión celebrada en Ciudad de Méjico en septiembre de 2009 el Foro Global propuso iniciar la evaluación de los progresos en la aplicación de los nuevos estándares de transparencia y cooperación en materia fiscal establecidos por la OCDE⁹⁹⁰. La totalidad de los países miembros de la lista negra elaborada por la OCDE en 2009 habían salido de la lista negra mediante la firma de al menos 12 Convenios o Acuerdos internacionales conforme al estándar fijado por la OCDE, pero algunos no habían alcanzado este número y permanecían en la lista gris con distinto grado de aplicación práctica de dicho estándar⁹⁹¹. A tal fin, el Foro Global estableció un sistema de evaluación por pares (peer reviews) sobre los avances realizados por los distintos países y jurisdicciones en la aplicación de los estándares internacionales sobre transparencia e intercambio de información con fines tributario. La evaluación se realiza en dos fases, centrándose la primera en el análisis del marco jurídico de cada Estado

⁹⁸⁹ Por ejemplo Suiza, Bermudas, Islas Caimán, Singapur y Jersey.

⁹⁹⁰ Este fue a partir de entonces el objetivo del Foro Global en las sucesivas reuniones celebradas en:

Singapur , septiembre de 2010

Bermudas, mayo de 2011

París, octubre de 2011

Ciudad del Cabo, octubre de 2012

Yakarta, noviembre de 2013

Berlín, octubre de 2014

⁹⁹¹ BRIELMAYER, B., LANGER, M., LINN, A. y WENZ, M., "Tax Treaty Application: Cross border Administrative Issues (Including Exchange of Information, Collection of Taxes, Dispute Settlement, Legal Certainty in Tax Treaty Application)", en LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C., STORK, A. y ZAGLER, M. (Direct.), *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Ámsterdam: IBFD, 2010, págs. 547-578.

(fase I) y la segunda en la de su aplicación práctica (fase II)⁹⁹². Si se comprueba que un Estado dispone de los elementos esenciales para un intercambio eficaz de la información, estará autorizado a pasar la segunda

⁹⁹² Los elementos objeto de análisis (entre paréntesis, los resultados obtenidos por Suiza en cada uno de los apartados) son:

A. DISPONIBILIDAD DE LA INFORMACIÓN

A.1. Información relativa a la propiedad y a la identidad. (No cumple)

A.2. Registros contables. (Cumple)

A.3. Información bancaria. (Cumple)

B. ACCESO A LA INFORMACIÓN

B.1. Facultades de la autoridad competente para obtener y facilitar la información. (Necesita introducir mejoras)

B.2. Exigencias en materia de notificación y protección de derechos. (Necesita introducir mejoras)

C. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

C.1. Mecanismos de intercambio de información. (No cumple)

C.2. Mecanismos de intercambio de información entre los socios afectados. (Necesita introducir mejoras)

C.3. Confidencialidad. (Cumple)

C.4. Los derechos y salvaguardas de los contribuyentes y de terceros. (Cumple)

C.5. Promptitud de respuesta a los requerimientos de información. (Evaluación en fase 2)

Disponible en OCDE, Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Rapport d'examen par les pairs: Suisse 2011, Phase 1*, Juin 2011 (reflète le cadre légal et réglementaire à compter du mois de mars 2011). Disponible en:

http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/forum-mondial-sur-la-transparence-et-l-echange-de-renseignements-a-des-fins-fiscales-rapport-d-examen-par-les-pairs-suisse-2011_9789264114685-fr;jsessionid=5qp3xa6thym1.x-oecd-live-02 (sólo lectura), y en

<http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/02/01/4180782114.pdf>

fase.

En octubre de 2010 el Foro sometió a Suiza al proceso de examen por los pares, publicado en junio de 2011⁹⁹³, que analiza el cuadro legal y reglamentario suizo en marzo de 2011, concluyendo que las condiciones establecidas por la normativa suiza en materia de transparencia e intercambio de información son demasiado restrictivas, pudiendo llegar a suponer un obstáculo para la consecución de un intercambio de información conforme al estándar OCDE⁹⁹⁴, por lo que Suiza no cumple, o cumple sólo parcialmente, los criterios esenciales para el intercambio de información con fines fiscales debido a:

- Las exigencias de identificación del contribuyente a quien concierne el requerimiento o del detentor de la información que se exige que consten en una demanda de información se consideran demasiado restrictivos. Debería ser posible la identificación de la persona concernida de otro modo que la exigencia del nombre y dirección.

- Suiza no puede aplicar el intercambio de información conforme al estándar OCDE con todos los Estados socios, únicamente con aquellos con los que ha suscrito (o actualizado) CDI's conforme al estándar OCDE.

- La legislación suiza no dispone de instrumentos legales que permitan la identificación en todo caso de los propietarios de acciones al portador. Esta laguna en la legislación Suiza ha sido decisiva para el Foro Mundial que considera que Suiza no cumple el criterio de la disponibilidad de información para identificar los propietarios de todas las entidades jurídicas pertinentes. El Foro Mundial recomienda por tanto de adoptar medidas para hacer posible la identificación de todos

⁹⁹³ Vid. supra.

⁹⁹⁴ Vid. supra, anexo I, pág. 112.

los titulares de acciones al portador. Asimismo recomienda además facilitar la información sobre la propiedad de las empresas que tienen su sede en el extranjero, pero que están dirigidas desde Suiza.

- La legislación suiza no prevé la posibilidad de, en casos excepcionales, transmitir la información al Estado requirente en los procedimientos de asistencia administrativa sin efectuar previamente la notificación a la persona a quien concierne la misma ni permitirle el acceso al expediente.

En respuesta a la cuestión de la identificación, el Departamento Federal de Finanzas, en un Comunicado de fecha 15 de febrero de 2011, hizo pública la Decisión del Consejo Federal de 13 de febrero de aceptar la asistencia conforme al artículo 26 MCOCDE, y la decisión de que en el futuro no sería necesario aportar el nombre y la dirección de la persona concernida o del detentor de la información, y se admitirían otros medios de identificación⁹⁹⁵, en particular la identificación por una cuenta bancaria, y que no se trate de “fishing expeditions”. Como la norma no estaba aprobada por el Parlamento, estas manifestaciones no fueron consideradas una base legal en vigor por parte del Foro Global⁹⁹⁶.

Para Suiza, la segunda fase estaba prevista para finales de 2012, siempre que el país aprobara a esa fecha un número importante de convenios de conformidad con la norma OCDE y realizara una serie de adaptaciones legales⁹⁹⁷. En el marco de los Convenios de doble imposición Suiza ha procedido a firmar nuevos Convenios y a revisar otros ya existentes para

⁹⁹⁵ DFF, *Les exigences relatives à l'assistance administrative en matière fiscale doivent être adaptées*, 15 de febrero de 2011, pág. 1. Disponible en <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/22112.pdf>

⁹⁹⁶ Vid, cap. VI.3 siguiente.

⁹⁹⁷ En este sentido se orienta la modificación de la LAAF y de la EIMP que se analizan en capítulos posteriores. Vid. capítulos. VI.3.3 y VI.5.1.

adaptarlos al estándar del MCOCDE en lo referente al intercambio de información⁹⁹⁸. En noviembre de 2014 Suiza había firmado 49 CDI conforme al estándar de los cuales 41 estaban ya en vigor, y había firmado 7 Acuerdos de intercambio de información con jurisdicciones con las que la aplicación de CDI's se muestra inviable, de los cuales 3 se encontraban en vigor⁹⁹⁹.

En la cuestión de la falta de transparencia en la identificación de los propietarios de acciones al portador la cuestión pretende solucionarse mediante la aprobación de una ley¹⁰⁰⁰ para poner en práctica las últimas recomendaciones del GAFI en esta materia¹⁰⁰¹. Los cambios necesarios en el procedimiento de asistencia administrativa relativos a las exigencias de excepcionar en determinados casos la notificación al afectado por el requerimiento y su acceso al expediente se ven reflejados en la revisión de la LAAF¹⁰⁰². Tras pasar su examen Suiza se vio afectada por un cambio en la metodología de examen por los pares, que exige que la legislación pertinente se encuentre aprobada y en vigor (en place), no siendo aceptadas las modificaciones legales en curso para ser admitido en la fase

⁹⁹⁸ En verano de 2012 el objetivo de CDI's estandarizados fijado por el Foro se elevó a 60. Vid. VAN BERCHEM, M., "La Suisse reste dans le collimateur de Paris", *swissinfo.ch*, International Service of the Swiss Broadcasting Corporation, 23 de abril de 2013. Disponible en http://www.swissinfo.ch/fre/politique_suisse/La_Suisse_reste_dans_le_collimateur_de_Paris.html?cid=35536474

⁹⁹⁹ DFF, *Entrée en vigueur de nouvelles conventions contre les doubles impositions avec l'Australie, la Hongrie et la Chine*, 14 de noviembre de 2014. Disponible en <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=fr&msg-id=55236>

¹⁰⁰⁰ Cfr. DFF, *Recommandations révisées du GAFI: résultat de la consultation et suivi des travaux*, Berna, 04.09.2013. Disponible en <http://www.admin.ch/aktuell/00089/?lang=fr&msg-id=50108>

¹⁰⁰¹ GAFI, *The FATF Recommendations*, 16 de febrero de 2012, op.cit.

¹⁰⁰² Vid. cap. VI.3.3.

II¹⁰⁰³. Así pues, mientras estas reformas no sean efectuadas, Suiza seguirá siendo el único miembro de la OCDE que no ha superado la primera fase¹⁰⁰⁴ y no podrá acceder a la segunda, con el evidente riesgo de tener que soportar contramedidas por parte de los países miembros de la OCDE¹⁰⁰⁵.

El 13 de diciembre de 2013, el Consejo Federal Suizo adoptó y presentó al Parlamento suizo el Mensaje relativo al proyecto de la nueva Ley sobre la aplicación de las Recomendaciones del GAFI revisadas en 2012¹⁰⁰⁶, junto al anteproyecto de modificación de la Ley sobre el blanqueo de dinero. El proyecto tiene como objetivo mejorar la eficiencia del sistema suizo en la lucha contra el blanqueo de dinero y tener en

¹⁰⁰³ Esta cuestión es vista en amplios sectores suizos como una discriminación frente a otros Estados en situación similar que han pasado a la fase II, como en el caso de Austria. También se sienten víctimas de la rígida postura frente a Suiza de algunos países del Foro, señalándose fundamentalmente a Francia, con quién ha tenido recientes roces en la aplicación del nuevo CDI. El malestar del Gobierno francés con Suiza se pone de manifiesto en un informe del Gobierno francés de diciembre de 2012 anexo al Proyecto de Ley de Finanzas para 2013 *Rapport annuel du gouvernement portant sur le réseau conventionnel de la france en matière d'échange de renseignements 2013*, pág. 4. Disponible en http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/farandole/2013/pap/pdf/Jaune2013_reseau_conventionnel.pdf

¹⁰⁰⁴ Austria, Luxemburgo, Bélgica y Liechtenstein ya han superado la primera fase y han pasado a la fase de evaluación.

¹⁰⁰⁵ Vid. cuadro resumen OCDE, Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Phase 1 and phase 2 reviews (as of august 2014)*, disponible en <http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurlatransparenceetlechangederenseignementsadesfinsfiscales/GFratings.pdf>

¹⁰⁰⁶ CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012*, FF 2014 585, Berna, 13 de diciembre de 2013. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/585.pdf> (Último acceso 13 de diciembre de 2014)

cuenta la evolución de la delincuencia financiera.

Con ello además se consigue la modificación del derecho penal suizo, reconociendo los delitos fiscales como infracciones previas al blanqueo de dinero, incrementar las obligaciones de los intermediarios financieros en el examen del correcto cumplimiento fiscal de sus clientes e introducir la “Arglistmodell” (engaño con astucia en los impuestos indirectos) en el ámbito de la fiscalidad directa. En concreto introduce modificaciones en los siete puntos siguientes:

1. Mejorar la transparencia de las personas jurídicas y las acciones al portador, lo que permite también cumplir con las exigencias del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios para poder acceder a la fase II.

2. Aumento de las obligaciones de los intermediarios financieros en la identificación de los propietarios efectivos de las personas jurídicas.

3. Ampliación de la definición de “personas políticamente expuestas” (PPE) a las PPE nacionales y de las organizaciones intergubernamentales, así como la introducción nuevas obligaciones de diligencia en función del riesgo apreciado.

4. Introducción como infracción previa al blanqueo de los casos graves en materia de fiscalidad directa, y ampliación del delito de contrabando en materia de fiscalidad indirecta.

5. Obligación de recurrir a un intermediario financiero para realizar pagos en efectivo superiores a 100.000 francos suizos en operaciones mobiliarias e inmobiliarias.

6. Refuerzo del sistema de comunicación de sospechas de blanqueo.

7. Mejora en la aplicación de las sanciones financieras ligadas al terrorismo o su financiación.

Finalmente el Consejo Nacional introdujo las siguientes modificaciones en el proyecto de Ley, aprobadas el 19 de junio de 2014, que reducen considerablemente su eficacia:

-El delito fiscal cualificado únicamente será considerado como infracción previa al blanqueo de dinero cuando supere los 200.000 francos suizos por periodo fiscal. Se priva de eficacia a esta medida por cuanto las obligaciones de diligencia de la entidad financiera cesan cuando la infracción no haya sido debidamente sancionada en el extranjero.

-No se prohíben los pagos en efectivo superiores a 100.000 francos suizos.

-La obligación de informar sobre los titulares de acciones al portador sólo afecta a las sociedades anónimas de capital superior a 250.000 CHF o sociedades de responsabilidad limitada con capital superior a 50.000 CHF.

Finalmente Suiza, desde el 1 de agosto de no informa de manera sistemática a cualquier persona antes de transmitir los datos al Estado que solicita la asistencia administrativa, e introdujo las modificaciones legislativas que propiciaron su pase a la segunda fase de evaluación del Foro Global, que se iniciará en el último trimestre de 2015, en la que se evaluará la evolución práctica de la asistencia administrativa suiza¹⁰⁰⁷.

VI.4 ORDENACION LEGAL DE LA ASISTENCIA ADMINISTRATIVA EN SUIZA: LAAF

La asunción por parte de Suiza del estándar de la OCDE en la práctica

¹⁰⁰⁷ La ingente de la adopción cantidad de solicitudes recibidas por las autoridades fiscales suizas han sido la causa de una medida inédita en Suiza, su publicación en la Feuille Federal. Las autoridades sostienen que su finalidad es advertir a los afectados de que existen requerimientos de información en curso sobre los mismos, a fin de que puedan aportar la información o ejercer su derecho a la defensa. Este hecho ha causado un gran revuelo en Suiza por considerarse un grave atentado a la intimidad personal. Disponible en <http://www.slate.fr/story/102103/suisse-publie-noms-potentiels-fraudeurs-fiscaux>

de la asistencia administrativa le imposibilita para rechazar requerimientos de información amparándose en que estos se encuentran en poder de bancos u otras instituciones financieras¹⁰⁰⁸. Las disposiciones sobre intercambio de información contenidas en los CDI obligan a Suiza a su aplicación, y no pueden ser restringidas por el derecho interno. Por el contrario, es el derecho interno el que debe adaptarse para dar cumplimiento a lo dispuesto en los Convenios internacionales.

Con el fin de adaptar la legislación interna al nuevo enfoque que Suiza dio a la asistencia administrativa con la retirada de las reservas al artículo 26 MCOCDE y su incorporación a los CDI nuevos o revisados, el 1 octubre de 2010 entró en vigor la “ordonnance relative à l’assistance administrative d’après les conventions contre les doubles impositions” (OACDI)¹⁰⁰⁹, que regula el procedimiento de la asistencia prevista en tales Convenios en aspectos como: el examen preliminar de las demandas de asistencia administrativa, la obtención de información en el marco del procedimiento de asistencia administrativa, los derechos y los recursos de las personas afectadas por el procedimiento de asistencia y la prohibición de conceder asistencia administrativa cuando los datos sobre los que se funde la demanda sean datos bancarios robados¹⁰¹⁰.

A raíz de los distintos informes del Foro Mundial y de las presiones internacionales, Suiza se vio obligada a introducir reformas en la

¹⁰⁰⁸ Art. 26.5 del MCOCDE

¹⁰⁰⁹ RO 2013 231 Disponible en <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1887/Vorlage.pdf>

¹⁰¹⁰ Esto afectaría a escándalos como el conocido en España como “caso Falciani”. En el año 2006, tras trabajar seis años para el HSBC de Ginebra, el experto informático francés, Hervé Falciani, sustrajo datos bancarios de más de 30.000 clientes que entregó posteriormente al gobierno de Francia. Su intención declarada era entregar al fisco galo herramientas para perseguir evasores con cuentas suizas no declaradas en su país de origen. Francia compartió la información con España e Italia.

OACDI¹⁰¹¹, lo que lleva a reemplazarla, a apenas dos años y medio de su entrada en vigor, por la “loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale” de 28 de septiembre de 2012 (loi sur l'assistance administrative fiscale, LAAF) que entra en vigor el 1 de febrero de 2013¹⁰¹². A tal efecto el 12 de enero de 2011 se abrió el proceso de consultas sobre el proyecto de Ley que finalizó el 13 de abril de 2011. El 6 de julio de 2011 el Consejo Federal adoptó el Mensaje de presentación del proyecto de LAAF al Consejo Nacional que se adhirió al mismo con enmienda el 29 de febrero de 2012.

Dado que la LAAF prevé que la asistencia administrativa se llevará a cabo exclusivamente bajo demanda y para casos individualizados y por tanto excluye las demandas agrupadas¹⁰¹³, se procedió a revisar la ley mediante la aprobación por el Consejo Federal suizo de “L’ordonnance relative à l’assistance administrative en cas de demandes groupées d’après les conventions fiscales internationales”¹⁰¹⁴ de 16 de enero de 2013, que

¹⁰¹¹ La decisión del Consejo federal de 20 de enero de 2010 encomendó al DFF la creación de un grupo de trabajo formado por representantes de administraciones federales competentes en la materia, especialistas externos (SwissBanking, SwissHoldings, FiduciaireSuisse) y representantes de la Conferencia de directores de finanzas cantonales para la elaboración de una ley de asistencia administrativa.

¹⁰¹² RS 672.5 Versión vigente desde 1 de agosto de 2014 disponible, en francés, en: <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20110630/201408010000/672.5.pdf>

¹⁰¹³ Vid Art. 4.1 en su redacción inicial en el Proyecto de LAAF; “Art. 4 Principes 1. *L’assistance administrative est accordée exclusivement sur demande et pour un cas particulier*” Disponible en www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2011/20110044/N3_F.pdf y Comentarios al art. 4.1. en CONSEIL FEDERAL, “Message concernant l’adoption d’une loi sur l’assistance administrative fiscale” de 6 de julio de 2011, disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2011/5771.pdf>

¹⁰¹⁴ RS 672.51 Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2013/245.pdf>

entró en vigor conjuntamente con la LAAF, por la que se autorizan las demandas agrupadas. Esta revisión se produce con el fin de adaptarse a la última modificación del art. 26 MCOCDE de 27 de julio de 2012, concretamente de sus Comentarios¹⁰¹⁵, que recoge la posibilidad de realizar demandas de información de forma agrupada cumpliendo ciertos requisitos que eviten que se lleven a cabo “fishing expedition”. Respecto a este tipo de demandas la Sentencia del Tribunal Federal 2C_269/2013 permite, en el caso del CDI Suiza-USA, las demandas agrupadas previas a la LAAF¹⁰¹⁶. Debe recordarse también que el Tribunal Federal suizo reconoce en la Sentencia 2C_265/2007 la validez de los Comentarios en la interpretación de las disposiciones de los CDI’s “calcadas” del MCOCDE¹⁰¹⁷.

La LAAF regula el procedimiento de aplicación de la asistencia administrativa, garantizando la seguridad jurídica en materia competencial, de procedimiento y de recursos. Aunque mantiene básicamente lo dispuesto en la OACDI presenta algunas novedades respecto a la misma. Así, frente a lo dispuesto en la OACDI que regula la asistencia administrativa prevista exclusivamente en los CDI, la LAAF regula la ejecución de la asistencia administrativa prevista en ellos y en cualquier otro Convenio internacional (CDI u otro tipo de Convenio) que contemple un intercambio de información en materia fiscal¹⁰¹⁸. La LAAF será de

¹⁰¹⁵ Comentario 5.2 al art. 26 MCOCDE.

¹⁰¹⁶ ATF 2C_269/2013 de 5 de julio de 2013.

¹⁰¹⁷ ATF 2C_265/2007, de 8 de octubre de 2007, consid. 2.3.: “2.3 L'art. 19 CDI-F ayant un contenu identique à celui de l'art. 17 de la Convention modèle OCDE (cf. Georges Muller, La nouvelle convention franco-suisse contre la double imposition du 9 septembre 1966, RDAF 1968, p. 97 ss et 161 ss, spéc. p. 177, Jean-Marc Rivier, op. cit., p.150), les commentaires formulés à propos de ce dernier article sont utiles dans l'interprétation et l'application de l'art. 19 CDI-F (Comité des affaires fiscales de l'OCDE, op. cit., n° 29 ad introduction; Jean-Marc Rivier, op. cit., p. 101)....”

¹⁰¹⁸ Art.1.1 LAAF. Caben resaltar las críticas vertidas al art.1.1.b) por la apertura de

aplicación al intercambio de información realizado en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Suiza para la aplicación de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48 de 26 de octubre de 2004 (Acuerdo sobre la fiscalidad del ahorro)¹⁰¹⁹. De este modo el intercambio de información en el ámbito del Acuerdo sobre la fiscalidad del ahorro y el realizado en virtud de los CDI quedan regulados al amparo de la LAAF, lo que obliga a la supresión de los artículos 16 a 24 de la Ley sobre la fiscalidad del ahorro¹⁰²⁰.

Por el contrario, no será de aplicación al intercambio de información realizado en aplicación del Acuerdo para luchar contra el fraude y cualquier otra actividad ilegal que afecte a sus intereses financieros de 26 de octubre de 2004¹⁰²¹ firmado entre la Comunidad Europea¹⁰²² y la Confederación suiza (en adelante AAF) que se aplica de forma provisional desde el 8 de abril de 2009, puesto que este Acuerdo no se limita al derecho fiscal sino que afecta a otros conceptos como royalties y subvenciones. Tampoco se aplicará para la asistencia en la recaudación de impuestos contemplada en el artículo 27 del MCOCDE que no es incluida por Suiza en sus CDI, pero contrariamente a lo establecido en la OACDI será aplicable a los CDI firmados con anterioridad a su entrada en vigor, y

la ley a otros Convenios distintos de los CDI (TIEA y Convenio sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal en particular). En este sentido vid. la opinión de la Association suisse de experts fiscaux diplômés en ASEFiD, *Consultation relative à la Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (LAAF)*, elaborada en el marco del proceso de consultas del anteproyecto de LAAF, 11 de abril de 2011. La respuesta se encuentra disponible en www.oref.ch/sem_pdf/actu_pdf/asefid.pdf

¹⁰¹⁹ RS 0.641.926.81

¹⁰²⁰ RS 641.91

¹⁰²¹ RS 0.351.926.81 Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20042084/201101100000/0.351.926.81.pdf>

¹⁰²² Aprobado por Decisión del Consejo de Europa de 18 de diciembre de 2008.

no sólo a los que entraron en vigor o hayan sido revisados con posterioridad al 1 de febrero de 2013. No obstante si el CDI contempla únicamente el intercambio de información para su cumplimiento, sin contemplar su uso para permitir la aplicación del derecho interno del Estado requirente, no existe obligación de aplicación de la LAAF más allá de lo previsto en el mismo¹⁰²³.

Las demandas de asistencia administrativa del extranjero serán tramitadas y ejecutadas por la AFC, que asimismo será la encargada de realizar las demandas de asistencia administrativa de Suiza a otros Estados¹⁰²⁴, en el menor plazo posible¹⁰²⁵ lo que implica que, aunque en lo no previsto por la LAAF resulta aplicable lo dispuesto en la “loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative” (PA)¹⁰²⁶, no resulten aplicables las disposiciones contempladas en el art, 21 a) 1. de la PA al efecto de la suspensión de plazos por parte de la autoridad competente en ella recogida¹⁰²⁷.

Por otra parte se regula expresamente que Suiza no responderá, por atentar contra el principio de buena fe¹⁰²⁸, a ninguna demanda fundamentada en informaciones obtenidas mediante actos delictivos conforme al derecho suizo, como sería el caso de datos obtenidos por medios ilícitos. El artículo 7 regula también otros casos en los que la AFC puede denegar la información solicitada, destacando la prohibición de

¹⁰²³ Art. 1.2 LAAF

¹⁰²⁴ Art. 2 LAAF

¹⁰²⁵ Art. 4.2 LAAF

¹⁰²⁶ RS 172.021

¹⁰²⁷ Art. 5 LAAF

¹⁰²⁸ Art. 7. c) LAAF

asistencia en caso de las denominadas *fishing expeditions*¹⁰²⁹, sin que quede obligada a un modo concreto de notificar su decisión. El contenido de la demanda se encuentra regulado en el art. 6 LAAF, y los artículos 8 a 15 regulan el procedimiento de obtención de información.

Por último cabe señalar, y así lo señala el Tribunal Federal¹⁰³⁰, que la prestación de la colaboración solicitada se encuentra sujeta al principio de proporcionalidad contenido en el artículo 5.2 de la Constitución suiza, en el sentido de que no se admitirán requerimientos cuando el Estado requirente no haya agotado en su territorio la aplicación de todas las medidas que le permita su ordenamiento jurídico interno, aunque la apreciación de si se trata de necesidad o de simple conveniencia se deja a criterio de las autoridades del Estado requirente. En este mismo sentido se manifiesta el Tribunal Administrativo Federal, señalando que la intromisión en un derecho fundamental de la persona afectada desde el punto de vista de los hechos, espacial, temporal y personal no debe más restrictiva de lo necesario¹⁰³¹.

¹⁰²⁹ Art. 7 a) LAAF

¹⁰³⁰ ATF 125 II 65 Cons. 6a.: "Die Amtshilfe hat verhältnismässig zu sein. Die Beschwerdeführerin erachtet diesen Grundsatz als verletzt. Soweit sie dies damit begründet, dass zur Aufsicht über deutsche Effektenhändler nicht erforderlich sei, den Namen eines Kunden preiszugeben, der den Auftrag an einen schweizerischen Effektenhändler gegeben habe, geht sie von der unzutreffenden Annahme aus, die Aufsicht beziehe sich nur auf die Effektenhändler selber und nicht auf das Marktgeschehen an sich. Unverhältnismässig soll die Amtshilfe allerdings auch deshalb sein, weil eine sogenannte "fishing expedition" vorliege, was sich daraus ergebe, dass das Bundesaufsichtsamt aufs Geratewohl und ohne konkreten Verdacht in der Schweiz "stichprobenweise" Auskünfte verlange.

¹⁰³¹ Arrêt del TAF A-6473/2012 de 2 de mayo de 2013, Cons. 2.3.1.: "Comme toute action de l'Etat, l'entraide administrative doit respecter le principe de proportionnalité (ATF 125 II 65 consid. 6a; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6634/2010 du 16 septembre 2011 consid. 3.3 et les références citées). Selon ce principe, qui est de rang

VI.4.1 LA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN

El artículo 8.1 de la LAAF limita la colaboración a la que autorice el derecho suizo respecto a los impuestos recogidos en los respectivos CDI conforme al artículo 26.3 MCOCDE. La mayoría de los CDI suizos contemplan únicamente la colaboración en los impuestos sobre la renta y el ahorro, en cuyo caso la LAAF se aplicará exclusivamente respecto a ellos, y sólo en las escasas excepciones en que un CDI no limita el intercambio de información se podrá entender aplicable la LAAF a otro tipo de impuestos, en especial los impuestos indirectos. Sólo podrán solicitarse datos que obren en poder de un banco o de otra institución financiera si esta circunstancia se encuentra prevista en el respectivo CDI¹⁰³² conforme a lo dispuesto en el artículo 26.5 MCOCDE. Por contra la AFC no podrá solicitar este tipo de datos de una autoridad extranjera en virtud del secreto profesional regulado en la legislación interna suiza¹⁰³³,

constitutionnel (art. 5 al. 2 de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]), les actes de l'Etat doivent être propres à atteindre un but justifié par un intérêt public supérieur, nécessaires à cette fin et supportables pour celui qui s'y trouve confronté. Ainsi, une mesure de contrainte n'est pas conforme au principe de proportionnalité lorsqu'une autre mesure tout aussi adaptée mais plus douce suffirait à atteindre le même but. L'atteinte ne doit pas être plus forte que nécessaire d'un point de vue spatial, matériel, temporel et personnel. Bien que le principe de la proportionnalité soit garanti par la Constitution, il ne peut être invoqué qu'en relation avec l'un des droits fondamentaux (ATF 126 I 11 consid. 5b et les références citées; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6011/2012 du 13 mars 2013 consid. 7.1.1).”.

Vid. también Arrêt del TAF A-6634/2010 de 16 de septiembre de 2011 consid. 3.3 y referencias citadas.

¹⁰³² Art. 8.2 LAAF

¹⁰³³ Art. 127.2 de la “Loi fédérale sur l’impôt fédéral direct” de 14 de diciembre de 1990 (LFID). RS 642.11 y art. 43.2, de la “Loi sur l’harmonisation des impôts directs des cantons et des communes” (LHID) RS 642.14

excepto en caso de fraude fiscal o sustracción grave de impuestos de forma continuada tipificados conforme a su propia normativa¹⁰³⁴. Para permitir el intercambio de información bancaria contemplado en el artículo 26.5 MCOCDE y hacerlo compatible con lo dispuesto en el artículo 26.3 del mismo Modelo, las autoridades suizas incluyen en sus nuevos Convenios o en las revisiones de los antiguos una cláusula suplementaria según la cual, no obstante las disposiciones del artículo 26.3 MCOCDE o cualquier otra contraria al derecho interno, las autoridades contratantes deberán poder obtener datos bancarios o aquellos referidos al derecho de propiedad¹⁰³⁵, transponiéndose al derecho interno mediante el artículo 8.2 de la LAAF.

El derecho al secreto profesional de los abogados queda protegido conforme al artículo 8.6 de la LAAF, que les exime de la obligación de entregar aquella información que obre en su poder afectada por el deber de secreto profesional. No obstante no quedan protegidos los documentos que estén en su poder pero no en calidad de abogado¹⁰³⁶, que sí que estará obligado a remitir. Para adaptarse a ello se procedió a aprobar la “Loi fédérale sur l’adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats” de 28 de septiembre de 2012¹⁰³⁷.

Destaca la aplicación de procedimientos distintos cuando la información

¹⁰³⁴ Art 190 LIFD

¹⁰³⁵ Vid. art. 25 bis del “Protocolo entre el Reino de España y la Confederación Suiza que modifica el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio firmado en Berna el 26 de abril de 1966, y su Protocolo, modificados por el Protocolo firmado en Madrid el 29 de junio de 2006”, de 27 de julio de 2011. BOE 11 de junio de 2013.

¹⁰³⁶ Por ejemplo aquellos detentados en condición de intermediario financiero conforme al art. 2.3 de la “Loi sur le blanchiment d’argent” (LBA) de 10 de octubre de 1997, RS 955.0.

¹⁰³⁷ RO 2013 847. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2013/847.pdf>

debe obtenerse de la persona afectada y cuando debe obtenerse del poseedor de la misma o de otras instancias. En el caso de tener que obtenerla de la persona afectada¹⁰³⁸, ésta deberá remitir la información pertinente que obre en su poder o bajo su control, no pudiendo oponerse¹⁰³⁹ salvo que la información puede ser utilizada contra él en un procedimiento penal en Suiza o en otro país, en el ejercicio de su derecho a no declarar contra sí mismo¹⁰⁴⁰. El afectado tendrá la consideración de colaborador en el procedimiento, y tendrá derecho a que le sea comunicado el contenido de la demanda, pero únicamente en la medida en que sea necesario para la obtención de la información, pues exceder este límite o entregar la demanda al afectado iría contra las exigencias del estándar internacional de intercambio de información¹⁰⁴¹. En el caso de que esté habilitado para recurrir, podrá ser considerado parte interesada en el procedimiento y consultar el expediente, aunque a solicitud de una autoridad extranjera que reclame el secreto del procedimiento la AFC podrá negarse a otorgarle tal consideración¹⁰⁴². En ningún caso podrá enviarse información relativa a personas no implicadas en los hechos motivadores de la demanda¹⁰⁴³, salvo que su omisión inutilice la efectividad de la asistencia administrativa en cuyo caso se podrá autorizar su remisión. En este caso la persona afectada

¹⁰³⁸ Art. 9 LAAF

¹⁰³⁹ Vid. art. 124-126 LFID

¹⁰⁴⁰ Vid. HAUSER, R., SCHWERI E. y HARTMANN, K., *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6ª edición, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2005, § 61, ch. marginal 5.

¹⁰⁴¹ En este sentido vid. Recomendaciones del Foro Mundial en OCDE, Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Rapport d'examen par les pairs: Suisse 2011, Phase 1*, Juin 2011.

¹⁰⁴² Art. 15 LAAF

¹⁰⁴³ Art. 4.3 LAAF

estaría autorizada a recurrir¹⁰⁴⁴.

La AFC podrá utilizar, además de lo dispuesto en esta Ley, todos los instrumentos que le proporcione el derecho interno para la obtención de información sobre los impuestos afectados¹⁰⁴⁵, en particular personaciones en lugares donde se localice la información, para lo cual deberá comunicárselo previamente a la Administración fiscal cantonal correspondiente para que pueda personarse en las actuaciones. En caso de negativa por parte del requerido se aplicará la sanción prevista en el artículo 9.5 LAAF de 10.000 CHF o más¹⁰⁴⁶, que se aplicará conforma al artículo 174.2 de la LIFD.

En el caso de tener que obtenerla de la persona en cuyo poder obran los datos¹⁰⁴⁷, ésta deberá enviar cualquier información que obre en su poder y que pueda resultar verdaderamente relevante para aplicar las disposiciones del CDI o del derecho interno del Estado demandante. La persona requerida será informada del contenido de la demanda en la medida en que resulte necesario para la obtención de la información. Al estar limitada la aplicación de los CDI firmados por Suiza a los impuestos sobre la renta y el patrimonio se aplicarán las reglas de los artículos 127 a 129 LIFD y los artículos 43 a 45 LHID, pudiendo ser demandados datos bancarios o referidos a la propiedad¹⁰⁴⁸, en contra de lo recogido en el artículo 127.2 LIFD que establece el deber de reserva del secreto profesional. No obstante el artículo 127.2 queda sin vigencia respecto a la asistencia administrativa internacional por aplicación del artículo 8.2 LAAF. La

¹⁰⁴⁴ Art. 19.2 LAAF. Vid. art. 48 de la “loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative” (PA).

¹⁰⁴⁵ Por ejemplo la LIFD, la LHID y la legislación cantonal.

¹⁰⁴⁶ Lo en ella dispuesto prima sobre lo establecido en el art. 292 del CP. RS 311.0

¹⁰⁴⁷ Art. 10 LAAF.

¹⁰⁴⁸ Art. 10.2 LAAF.

AFC podrá obtenerla de terceros en aplicación de los artículos 128 y 129 LIFD si el requerido no atiende a la demanda, en cuyo caso se aplicará la sanción prevista en el artículo 10.4 LAAF de 10.000 CHF o más¹⁰⁴⁹, que se aplicará conforma al artículo 174.2 de la LIFD.

En el caso de que la información necesaria se encuentre en posesión de una Administración fiscal cantonal, el artículo 11 LAAF establece que la AFC podrá requerir su entrega en tanto esta deba ser entregada conforme al derecho interno suizo o del Convenio aplicable. El procedimiento aplicable en estos casos será el contemplado en el artículo 111 de la LIFD. A diferencia de los casos contemplados en los artículos 9 y 10 de la LAAF, la AFC hará entrega a las autoridades cantonales de la totalidad de la demanda, concediéndole un plazo para su ejecución y pudiendo solicitarle la entrega del dossier completo. Si la información obra en poder de otra Administración suiza distinta de las anteriores, el artículo 12 LAAF establece un procedimiento idéntico, excepto en que no prevé la solicitud de un dossier completo y que no se hace entrega de la demanda completa, sino tan sólo de los elementos verdaderamente necesarios para obtener la información demandada.

La Administración suiza podrá adoptar medidas coercitivas¹⁰⁵⁰, contra el detentor de los datos o contra la persona a quien se refiere el requerimiento, en caso de que así lo prevea la legislación suiza o cuando sea necesaria para proceder al suministro de información por aplicación del artículo 8.2 LAAF. Serán de aplicación únicamente en el caso de impuestos directos en los que exista grave sospecha de fraude fiscal o de sustracción fiscal continua y grave en el sentido del artículo 190 LIFD, pues en caso contrario la AFC no podrá adoptar estas medidas. En el caso de impuestos indirectos que sean aplicados en Suiza podrán aplicarse estas

¹⁰⁴⁹ Al igual que ocurre con las demandas contempladas en el art. 9 LAAF, lo en ella dispuesto prima sobre lo establecido en el art. 292 del CP. RS 311.0.

¹⁰⁵⁰ Art. 13 LAAF.

medidas siempre que la demanda de información contenga claros indicios de la existencia de fraude o sustracción de impuestos. Estas medidas pueden ser aplicadas también cuando se trate de la obtención de datos bancarios o referidos al derecho de propiedad para la aplicación del artículo 8.2 LAAF, en cuyo caso no se exige la existencia de indicios de fraude o sustracción de impuestos.

Las medidas que puede tomar se limitan a tres: el registro de locales o de objetos, de documentos en papel o en cualquier otro soporte de imagen o datos¹⁰⁵¹; el secuestro de objetos, documentos y expedientes sobre papel o en otros soportes de imágenes o de datos¹⁰⁵² y la emisión de un mandato a la policía para la comparecencia de testigos debidamente citados¹⁰⁵³. Es necesario precisar que tal mandato a la policía sólo puede expedir en relación con testigos, jamás respecto de la persona a quien concierne la demanda para la que se fija únicamente la medida coercitiva de sanción fijada en el artículo 9.5 LAAF, no pudiendo aplicársele en ningún caso medidas coercitivas de derecho penal administrativo. Tales disposiciones deberán ser adoptadas por el director de la AFC o por su legítimo representante, pudiendo ser aplicadas sin la preceptiva autorización por la persona encargada de recabar la información si sospecha que el periodo de espera para obtenerla conforme al artículo 13.3 pudiera poner en peligro las actuaciones. En este caso deberá ser aprobada por el director de la AFC o por su legítimo representante en el plazo de tres días laborables. Según el artículo 13.5 LAAF entre las medidas coercitivas también resultan aplicables las contempladas en el artículo 42 y los artículos 41 a 50.2 de la “Loi fédérale du sur le droit pénal administratif” (DPA) de 22 marzo de 1974¹⁰⁵⁴, que regula de forma detallada las medidas mencionadas. No

¹⁰⁵¹ Art. 13.2.a) LAAF

¹⁰⁵² Art. 13.2.b) LAAF

¹⁰⁵³ Art. 13.2.c) LAAF

¹⁰⁵⁴ RS 313.0

resultan aplicables las disposiciones del artículo 50.3 DPA, acerca de la posibilidad de confiscar la documentación y proceder a su introducción en sobre cerrado guardado en lugar seguro, en caso de negativa al registro de documentos por el requerido.

Los artículos 14 y 15 LAAF regulan la información relativa a la demanda a proporcionar a las personas habilitadas para recurrir. Tal información deberá ser entregada a la persona a quién afecte la demanda por la AFC¹⁰⁵⁵ siempre que esta esté habilitada para recurrir conforma a lo dispuesto en el artículo 19.2 LAAF¹⁰⁵⁶, a menos que las autoridades extranjeras aleguen motivos justificados para que tal circunstancia no se produzca. Todo ello en virtud de lo prevenido en el artículo 27 PA conforme a la redacción del artículo 15.2 LAAF, y con la finalidad de evitar que una comunicación automática de las demandas pueda dar lugar a una destrucción de pruebas que pudiera imposibilitar llevar a buen término el intercambio de información. Si la persona objeto del requerimiento residiera fuera de Suiza, el tenedor de la información será conminado por la AFC a que informe al afectado de la existencia de la demanda a fin de que nombre un representante en este país para recibir las notificaciones y hacer entrega de la información, para lo que se le fijará un plazo determinado de tiempo¹⁰⁵⁷. En la mayoría de los casos será el banco, como poseedor de la información, el elegido como intermediario por eficiencia y rapidez dado su facilidad para contactar con sus clientes. Además la AFC podrá notificar a un residente extranjero en su propio país de residencia cuando la autoridad requirente así lo autorice. Caso de no ser localizado

¹⁰⁵⁵ Art. 14.1 LAAF

¹⁰⁵⁶ Art. 19 Procédure de recours

.....

2 Ont qualité pour recourir la personne concernée ainsi que les autres personnes qui remplissent les conditions prévues à l'art. 48 PA.

¹⁰⁵⁷ Art. 14.3 LAAF

podrá ser informado de la existencia de la demanda de información a través de la “Feuille fédérale”¹⁰⁵⁸. También deberá informar la AFC a otras personas que, de la información del expediente, quepa deducir como habilitadas para recurrir. Esto puede suceder en el caso de cotitulares de cuentas, cuando se trate de información que no pueda ser omitida en las actuaciones procedimentales o cuando resulten indispensables para la fijación de la cuota tributaria por parte de la autoridad extranjera.

Las personas con derecho a recurrir se consideran parte interesada en el procedimiento y tienen derecho a consultar el expediente conforme al artículo 15.1. No obstante, la AFC puede denegar la consulta del expediente en el caso en que el interés público de la Confederación o los cantones, un importante interés privado o la buena ejecución de una demanda no finalizada exijan guardar el secreto conforme a lo dispuesto en el artículo 27 PA. También podrá denegar el derecho a ser escuchado conforme al artículo 30.2 PA¹⁰⁵⁹. Esta posibilidad está fundamentada en la intención de adaptarse al estándar internacional que prevé en ciertos casos la obligación de intercambiar información sin comunicárselo a la persona con derecho a recurrir¹⁰⁶⁰. Esta situación se puede dar por ejemplo en casos de urgencia o cuando la notificación al interesado pueda dificultar la obtención de información. La autoridad requirente podrá solicitar en la demanda que se obtenga la información con carácter previo a la comunicación al interesado, a fin de que se evite la posible destrucción u ocultación de pruebas.

VI.4.2 PROCEDIMIENTO DE REMISIÓN DE INFORMACIÓN.

No obstante lo anterior se mantiene el principio de que la información

¹⁰⁵⁸ Equivalente al BOE en España, pero de periodicidad semanal.

¹⁰⁵⁹ Art. 15.2 LAAF

¹⁰⁶⁰ Vid. nota pie 1007.

no se transmite al Estado requirente más que en caso de consentimiento de la persona habilitada para recurrir¹⁰⁶¹ o cuando la resolución del procedimiento sea firme¹⁰⁶². En el caso de que existan varias personas habilitadas para recurrir, el consentimiento debe ser unánime para proceder al envío de información¹⁰⁶³. La prestación del consentimiento tiene carácter irrevocable, y una vez prestado se inicia el procedimiento simplificado previsto en el artículo 16 LAAF, cerrando la AFC el procedimiento y procediendo a remitir la información solicitada.

En los restantes casos en los que la persona habilitada para recurrir conforme al artículo 19.2 no presta su consentimiento, la entrega de la información se efectuará mediante el procedimiento ordinario regulado en el artículo 17 LAAF. En este caso la AFC deberá comunicar su decisión final al habilitado para recurrir con mención expresa de las circunstancias que justifican la asistencia administrativa y la extensión de la información que se procederá a remitir. Esta comunicación tendrá un grado de detalle y un contenido distinto en función del destinatario de la misma, siendo más exhaustiva en el caso de que se trate de la persona concernida y limitándose a los aspectos que a ella le afecten en el caso de tratarse de una persona habilitada para recurrir. Conforme al artículo 26.1 MCOCDE la AFC sólo transmitirá aquella información que resulte previsiblemente pertinente¹⁰⁶⁴, y así se manifiesta la jurisprudencia del TF¹⁰⁶⁵, si bien la AFC está vinculada por los hechos descritos en la solicitud, siempre que no puedan ser refutados inmediatamente debido a errores manifiestos,

¹⁰⁶¹ Art. 16.1 LAAF

¹⁰⁶² Art. 20.1 LAAF

¹⁰⁶³ Art. 16.3 LAAF

¹⁰⁶⁴ Art. 17.2 LAAF

¹⁰⁶⁵ ATAF A-6473/2012 de 29 de marzo de 2013, Cons. 6.

faltas o contradicciones¹⁰⁶⁶. Cabe señalar que conforme a los Comentarios de la última revisión del Artículo 26 MCOCDE no corresponde al Estado requerido decidir sobre la pertinencia de una demanda de información¹⁰⁶⁷,

¹⁰⁶⁶ Ibid., Cons. 5.2.

¹⁰⁶⁷ Comentario 5 al art. 26 MCOCDE revisado el 17 de julio de 2012.

“5. La première phrase du paragraphe énonce la principale règle concernant l’échange de renseignements. Les autorités compétentes des États contractants échangeront les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer correctement les dispositions de la Convention ou celles de la législation interne des États contractants relatives aux impôts de toute nature ou dénomination perçus dans ces États, même s’il n’y a pas, dans ce dernier cas, à appliquer un article particulier de la Convention. La norme de “pertinente vraisemblable” a pour but d’assurer un échange de renseignements en matière fiscale qui soit le plus large possible tout en indiquant clairement qu’il n’est pas loisible aux États contractants « d’aller à la pêche aux renseignements » ou de demander des renseignements dont il est peu probable qu’ils soient pertinents pour élucider les affaires fiscales d’un contribuable déterminé. Dans le contexte de l’échange de renseignements sur demande, la norme exige qu’au moment où la demande est formulée, il doit y avoir une possibilité raisonnable que les renseignements demandés se révéleront pertinents ; que les renseignements, une fois fournis, se révèlent être pertinents ou non est sans importance. Une demande ne saurait ainsi être rejetée lorsqu’une évaluation précise de la pertinence des renseignements au regard d’une enquête en cours n’est possible qu’après réception des renseignements. Les autorités compétentes devraient se concerter lorsque le contenu de la demande, les circonstances qui ont mené à la demande, ou encore la pertinence vraisemblable de renseignements demandés, ne sont pas clairs pour l’État requis. Cependant, une fois que l’État requérant a donné une explication quant à la pertinence vraisemblable des renseignements demandés, l’État requis ne saurait refuser une demande ou refuser de transmettre des renseignements demandés parce qu’il pense que ces renseignements manquent de pertinence pour le contrôle ou l’enquête sous-jacents. Lorsque l’État requis prend connaissance de faits remettant en question la pertinence vraisemblable d’une partie des renseignements demandés, les autorités compétentes devraient se concerter et l’État requis peut demander à l’État requérant de clarifier la pertinence vraisemblable à la lumière de ces faits. Dans le même temps, le paragraphe 1 n’oblige pas l’État requis à fournir des renseignements lorsque la demande relève de la «pêche aux renseignements», c’est-à-dire lorsqu’elle

lo que muy posiblemente obligará a su modificación en breve.

Si la persona a notificar reside en el extranjero, la AFC llevará a cabo la notificación a través de su representante en Suiza, y caso de no haber procedido a nombrar representante se publicará en la “Feuille fédérale”¹⁰⁶⁸. En todo caso la AFC deberá comunicar su decisión, y el contenido de la misma, a las Administraciones fiscales cantonales afectadas por la demanda. Respecto a los gastos derivados del procedimiento, el artículo 18 establece que en ningún caso se repercutirán sobre la persona a quien concierne la demanda de información ni sobre el tenedor de ésta, excepto en aquellos casos en los que el comportamiento de estas personas haya provocado un incremento desmesurado de los gastos, en cuyo caso la AFC podrá repercutir la totalidad o parte de los gastos generados por el procedimiento¹⁰⁶⁹.

El artículo 19 establece que únicamente la decisión final es recurrible, cualquier otra decisión tomada en cualquier otra fase del procedimiento no puede ser recurrida más que al finalizar el mismo y conjuntamente con aquella. Puede recurrir la persona a quien concierne la demanda y cualquier otra que reúna las condiciones contempladas en el artículo 48

sollicite des renseignements dont il est peu probable qu'ils aient un lien avec une enquête ou un contrôle en cours.”

¹⁰⁶⁸ El art. 17.3 LAAF concreta lo dispuesto en el art. 36 PA, que posibilita en ciertos casos la notificación por publicación en una “Feuille officielle”.

¹⁰⁶⁹ Este precepto crea la base legal para poder repercutir los gastos ocasionados en demandas de información para casos como el de las demandas de información del IRS americano acerca del UBS que alcanzó un elevado importe. Para repercutirlo fue necesario aprobar un Decreto Federal (“Arrêté fédéral sur la mise á la charge d’UBS SA des coûts liés au traitement de deux demandes d’assistance administrative déposées par l’Internal Revenue Service des Etats-Unis d’Amérique” de 17 de diciembre de 2010), RS 952.2

PA¹⁰⁷⁰. El recurso tiene efectos suspensivos, si bien resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 55.2.a 55.4 de la PA¹⁰⁷¹, pudiendo la AFC, sin llegar a abrogar el derecho a la información y los derechos procesales de la persona concernida, proceder a remitir información antes de la finalización del procedimiento de recurso. La AFC también está facultada para retirar el efecto suspensivo de un recurso.

El procedimiento finaliza con la remisión por la AFC (una vez finalizado el procedimiento del recurso) de la información obtenida, recordándole a la autoridad requirente las restricciones relativas al uso de esa información, así como el deber de guardar secreto sobre ellas recogido en los Convenios aplicables¹⁰⁷². Para adaptarse a lo dispuesto en el artículo 26 MCOCDE el artículo 20.3 regula la posibilidad de que la AFC autorice la utilización de la información proporcionada para otros fines distintos a los previstos en el CDI. Si la información debe ser remitida a autoridades penales extranjeras para su uso en procesos penales no fiscales, la autorización deberá ser acordada con la Office Fédéral de la Justice¹⁰⁷³.

Por último, el artículo 21 regula la utilización de la información por parte de las autoridades suizas. Conforme a este artículo únicamente podrá

¹⁰⁷⁰ Art. 19.2 LAAF

¹⁰⁷¹ El artículo 55.2 a 55.4 PA regulan medidas provisionales que se pueden adoptar ante la presentación de un recurso administrativo. Concretamente el apdo. 2 regula la posibilidad de que un recurso no tenga efecto suspensivo por decisión de una autoridad inferior, el apdo. 3 la posibilidad de restituir el efecto suspensivo por una autoridad superior y el apdo. 4 la responsabilidad derivada de una retirada arbitraria del efecto suspensivo o de una denegación infundada de restitución del efecto.

¹⁰⁷² El art. 26. 2 OCDE se recoge en todos los CDI firmados por Suiza.

¹⁰⁷³ Esta regulación es análoga a la contenida en el art. 38.6 de la “Loi fédéral sur les Bourges et le comerce des valeurs mobilières de 24 de marzo de 1995 (LBVM, RS 954.1) respecto al modo de actuación de la FINMA en la asistencia administrativa a autoridades penales.

ser utilizada para la aplicación del derecho suizo aquella información transmitida en el marco del intercambio de información, sin que pueda ser utilizada aquella información obtenida y que, por cualquier causa, no haya sido remitida a la autoridad requirente. Ello permitiría, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 111 y 112 de la LIFD la utilización de información relativa al derecho de propiedad o de la que se encuentre en posesión de un agente fiduciario, puesto que estos artículos autorizan la utilización por parte de las autoridades cantonales o federales de la información obtenida legalmente por otras autoridades, incluso de aquella información que no hubiera podido obtenerse por los procedimientos fiscales ordinarios.

No obstante lo anterior, el artículo 21.2 prohíbe expresamente la utilización de información bancaria que no hubiera podido ser obtenida conforme a la legislación suiza¹⁰⁷⁴, es decir, únicamente podrá ser utilizada por las autoridades suizas en caso de fraude fiscal o sustracción grave de impuestos. Tampoco podrán ser utilizadas en un proceso penal contra la persona que proporciona la información, en aplicación de su derecho a no auto-incriminarse, salvo que la persona afectada preste su consentimiento o la información hubiera podido ser obtenida igualmente sin su colaboración.

Por último el artículo 22 regula la demandas suizas de asistencia administrativa, destacando el contenido del punto 6 del mismo en el que Suiza se autolimita el acceso a la información bancaria en poder de bancos extranjeros, impidiendo las demandas de información que no hubiera podido obtener en el ámbito interno conforme al derecho suizo, es decir, limitando la posibilidad de requerir información bancaria a los casos de fraude fiscal o de sustracción de impuestos grave conforme al art. 190.

¹⁰⁷⁴ Vid. DFF. Comunicado de prensa de 13 de marzo de 2009 “La Suisse entend reprendre les standards de l’OCDE relatifs a l’assistance administrative en matière fiscale”. En él se manifiesta que la adaptación al estándar de la OCDE no debería suponer ningún cambio para los residentes fiscales en Suiza respecto al secreto bancario.

LIFD.

VI.4.3 LA REVISIÓN DE LA LAAF.

En la reunión del Foro Mundial el 28 de junio de 2013 diversos Estados solicitaron estudiar la implementación de un sistema de sanciones a los países que no hayan sido admitidos a la fase 2, para evitar que gocen de ventajas sobre los que sí se han adaptado a este estándar. Las presiones sobre Suiza continúan con el comunicado final emitido tras la reunión del G-20 de 19 y 20 de julio de 2013, los Ministros de Finanzas y los Gobernadores de los Bancos Centrales invitan a todos los Estados a poner inmediatamente en práctica las recomendaciones del Foro Mundial, en el caso de Suiza contenidas en el informe del examen por los pares de 1 de junio de 2011. Por otro lado, tras la finalización de las fases 1 y 2 del examen por los pares, y de cara a la futura notación final de finales de 2013, Suiza procedió a la revisión y entrada en vigor de la LAAF revisada con carácter de urgencia¹⁰⁷⁵. Por ello, el Consejo Federal abrió el 14 de agosto de 2013 un proceso acelerado de consultas sobre el anteproyecto de revisión de la Ley¹⁰⁷⁶, invitando a las autoridades y a los círculos interesados a pronunciarse sobre el anteproyecto de revisión de la LAAF¹⁰⁷⁷. El 21 de marzo de 2014 se aprobó la Ley Federal de modificación de la LAAF, cuyo contenido entró en vigor el 1 de agosto del

¹⁰⁷⁵ Vid CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport explicatif sur la modification de la loi sur l'assistance administrative fiscale*, 14 de agosto de 2013. Disponible en <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31530.pdf> (Último acceso 10 de diciembre de 2014).

¹⁰⁷⁶ Acerca de la consulta convocada vid. supra. CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport explicatif sur la modification de la loi sur l'assistance administrative fiscale*, op.cit.

¹⁰⁷⁷ La documentación relativa al proceso de consulta está disponible en <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=498583> (Último acceso 12 de noviembre de 2014)

mismo año¹⁰⁷⁸.

En la revisión se contempla la posibilidad de información diferida a las personas objeto de la demanda de información para adaptarse al estándar de la OCDE. Otros aspectos sometidos a revisión son la clarificación del procedimiento de asistencia en el caso de demandas agrupadas. Respecto a la cuestión de las demandas agrupadas, si bien podían realizarse conforme la redacción anterior, se consideró conveniente mejorar su tratamiento de cara a una mayor eficacia administrativa¹⁰⁷⁹, de modo que se añade con el artículo 14a¹⁰⁸⁰ un procedimiento específico de notificación a las personas

¹⁰⁷⁸ RO 2014 2309. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2014/2309.pdf>

¹⁰⁷⁹ A tal efecto se introdujo, por la LF de 21 de marzo de 2014 (RO 2014 2309), un nuevo apartado 2bis en el art. 6 LAAF, y se modificó la redacción del apartado 3 del mismo artículo.

¹⁰⁸⁰ “Art. 14a Information en cas de demandes groupées

1 A la demande de l'AFC, le détenteur des renseignements doit identifier les personnes concernées par une demande de renseignements.

2 L'AFC informe de la demande les personnes habilitées à recourir qui sont domiciliées en Suisse ou y ont leur siège.

3 Elle invite le détenteur des renseignements à informer de la demande les personnes habilitées à recourir qui sont domiciliées à l'étranger ou y ont leur siège et à les prier de désigner un représentant en Suisse autorisé à recevoir des notifications.

4 Elle informe en outre par publication anonyme dans la Feuille fédérale les personnes concernées par la demande groupée:

- a. de la réception et du contenu de la demande;
- b. de leur devoir d'indiquer à l'AFC leur adresse en Suisse si elles y sont domiciliées ou de désigner à l'AFC un représentant en Suisse autorisé à recevoir des notifications si elles sont domiciliées à l'étranger ou y ont leur siège;
- c. de la procédure simplifiée fixée à l'art. 16;
- d. qu'une décision finale est établie pour chaque personne habilitée à recourir, dans

afectadas por la misma, tratando de adaptarse plenamente al estándar fijado por la OCDE.

Tras el acuerdo del Consejo Nacional suizo, el Parlamento suizo aprobó el día 6 de marzo de 2014 la revisión de la LAAF, en el sentido de permitir que los clientes bancarios afectados por una demanda de información extranjera de asistencia administrativa puedan ser informados con posterioridad al inicio del correspondiente procedimiento. Esta posibilidad es conforme a los estándares de la OCDE, y se utilizará en aquellos casos en los que la notificación previa pueda poner en riesgo el resultado de la cooperación, si bien conviene destacar que las Cámaras suizas aprobaron esta medida con más restricciones que las inicialmente planteadas en la propuesta del Consejo Federal. Así, en el nuevo artículo 21a, la LAAF contempla la posibilidad de que, en casos urgentes, la obligada información de la demanda a la persona afectada puede quedar diferida¹⁰⁸¹.

la mesure où la personne n'a pas consenti à la procédure simplifiée.

5 Le délai accordé pour indiquer une adresse en Suisse ou pour désigner le représentant autorisé à recevoir des notifications est de 20 jours; il court à compter du jour qui suit la publication dans la Feuille fédérale.

6 Si l'AFC ne peut pas remettre une décision finale aux personnes habilitées à recourir, elle la leur notifie en la publiant dans la Feuille fédérale sans indiquer de nom. Le délai de recours court à compter du jour qui suit la notification dans la Feuille fédérale.”

¹⁰⁸¹ Introducido por la LF de 21 de marzo de 2014 en vigor desde el 1 de agosto de 2014, (RO 2014 2309; FF 2013 7501):

“Section 4a Procédure avec information ultérieure des personnes habilitées à recourir

Art. 21a

1 Exceptionnellement, l'AFC n'informe d'une demande les personnes habilitées à recourir par une décision qu'après la transmission des renseignements, lorsque l'autorité requérante établit de manière vraisemblable que l'information préalable des personnes habilitées à recourir compromettrait le but de l'assistance administrative et

Este sería el caso, por ejemplo, de que la obtención de información pudiera verse impedida por la notificación de la demanda al interesado, en cuyo caso se autorizaría que el contribuyente afectado pueda ser informado de un requerimiento que le afecte con posterioridad a la remisión de la información a la autoridad requirente. Además se introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 15 que contempla la posibilidad de denegar el acceso a documentación del expediente a la persona habilitada para recurrir cuando la autoridad extranjera requirente alegue motivos suficientes que hagan recomendable guardar secreto sobre la misma¹⁰⁸². Tanto la introducción del art. 21.a como la del 15.2 suponen una limitación de los derechos de participación del contribuyente extranjero en Suiza que para algunos autores podría contravenir lo dispuesto en el art. 6 CEDH¹⁰⁸³.

l'aboutissement de son enquête.

2 Si la décision fait l'objet d'un recours, seule la constatation de la non-conformité au droit peut être invoquée.

3 L'AFC informe du report de l'information les détenteurs des renseignements et les autorités qui ont été mis au courant de la demande. Les détenteurs des renseignements et les autorités ne peuvent pas informer les personnes habilitées à recourir de la demande tant que celles-ci n'ont pas reçu l'information reportée.

4 Si une personne enfreint volontairement ou par négligence l'interdiction d'informer, elle est punie d'une amende de 10 000 francs au plus.

5 L'AFC est l'autorité de poursuite et de jugement. L'art. 7, al. 1, de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif est applicable."

¹⁰⁸² "2 Dans la mesure où l'autorité étrangère émet des motifs vraisemblables de garder le secret sur certaines pièces du dossier, l'AFC peut refuser à une personne habilitée à recourir la consultation des pièces concernées, en application de l'art. 27 PA."

¹⁰⁸³ LIÉGEOIS, F., Limitation des garanties d'accès au juge pour les contribuables étrangers?, *Centre de droit bancaire et financier*, septembre de 2013, Universidad de Ginebra, 2013. Disponible en <http://www.cdbf.ch/892/#.VL4qACiCWkl> (Último acceso 10 de diciembre de 2014).

En último término la revisión trató de buscar una solución al tratamiento que se debe dar a las demandas de información fundamentadas en datos robados, que ha venido provocando la respuesta negativa de Suiza a numerosos requerimientos basados en este tipo de datos. Con la modificación se podría proporcionar información en respuesta a este tipo de demandas siempre y cuando los datos no hayan sido obtenidos de forma activa por el Estado requirente. Ello posibilitaría a un Estado presentar una demanda de información basada en datos robados que hubieran sido obtenidos de forma pasiva por suministro de otro Estado¹⁰⁸⁴, permitiendo rechazar la demanda de información únicamente en el caso de que se viole el principio de buena fe. La aceptación de este tipo de datos robados ha sido objeto de una agria controversia en Suiza, por la contradicción que supone su admisión en la asistencia administrativa internacional cuando no es admitido en general en derecho penal¹⁰⁸⁵ y por atentar contra diversos derechos y contra el interés público¹⁰⁸⁶. Si bien en un principio el art. 7 LAAF no fue modificado, el 2 de septiembre de 2015 el Conseil Fédéral abrió un proceso de consultas, que se extenderá hasta el 2 de diciembre de 2015, acerca de la modificación del artículo 7c LAAF que limita la asistencia en caso de demandas fundadas en datos obtenidos por actos considerados ilícitos conforme al derecho suizo.

Esta reforma se consideraba absolutamente imprescindible para poder acceder a la segunda fase del examen del Foro Mundial sobre transparencia e intercambio de información con fines fiscales, si bien deberá ir

¹⁰⁸⁴ Esto afectaría a recientes escándalos como el conocido en España como “caso Falciani” comentado anteriormente.

¹⁰⁸⁵ Sobre la utilización de datos robados en causas penales vid. ROGER MICHELI, F. y NILS ROBERTS, Ch., “Documents volés et dénonciations fiscales”, *Jusletter*, 19.11.2012. Disponible para abonados en <http://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2012/687.html>

¹⁰⁸⁶ DONATSCH, A., “Erste Erfahrungen mit dem Beweisrecht”, *Forum penale*, núm. 4, 2012, págs. 235-239.

acompañada de un aumento de la transparencia en el régimen suizo de acciones al portador y del número de convenios fiscales conformes al estándar de la OCDE. Respecto a las acciones al portador deberá procederse por parte de Suiza a modificar el derecho societario¹⁰⁸⁷ para adaptarlo a las normas revisadas del GAFI respecto al blanqueo de capitales, y respecto a los convenios fiscales de carácter bilateral el Consejo Federal tiene la intención de adoptar unilateralmente el estándar OCDE de intercambio de información a demanda en todos los convenios de doble imposición que todavía no se hayan adaptado al mismo¹⁰⁸⁸.

VI.5 LA ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA FISCAL

Suiza prevé dos formas de asistencia internacional en materia fiscal. En lo que respecta a los procedimientos fiscales, ofrece el intercambio de información en el marco de la asistencia administrativa, en lo que respecta a los procedimientos penales, Suiza intercambia con otros países en el marco de la asistencia judicial (*entraide judiciaire*). Esta última se basa en los convenios bilaterales y multilaterales de asistencia judicial, así como sobre la Ley federal sobre asistencia internacional en materia penal¹⁰⁸⁹ (EIMP). El artículo 3.3. EIMP (hasta su modificación) excluía la cooperación en materia fiscal con las autoridades penales extranjeras salvo

¹⁰⁸⁷ Vid. GAFI, *Rapport d'évaluation mutuelle de la suisse – rapport de suivi*, 27 octobre 2009, Secretariat du GAFI, París, 2009. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/mer%20switzerland%20rapport%20de%20suivi.pdf>

¹⁰⁸⁸ En <http://www.ilex.ch/semaine-36-suisse-modification-de-la-laaf-concernant-utilisation-donnees-volees/>

¹⁰⁸⁹ Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale de 20 de marzo de 1981 (EIMP). RS 351.1. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19810037/index.html>

en dos excepciones; la establecida conforme al apartado a) que será de aplicación a los impuestos directos y a los impuestos de aduanas (directos o indirectos) por la que se concederá la asistencia judicial en casos de “escroquerie” fiscal según lo dispuesto en el artículo 14.2 DPA¹⁰⁹⁰, y la establecida en el apartado b) por la que la colaboración judicial es factible si se trata de una escroquerie fiscal en los términos del artículo 14.4 de la DPA¹⁰⁹¹, que era aplicable a los impuestos indirectos en el marco de los derechos de aduana. El delito debe no obstante ser punible en los dos Estados interesados (principio de doble incriminación)¹⁰⁹². Cara a los

¹⁰⁹⁰ Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif. RS 313.0. Una colaboración limitada (petite entraide judiciaire) puede ser prestada en el caso de sustracción fiscal conforme al art. 14.2 DPA. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19740066/index.html> (Último acceso 12 de diciembre de 2014).

“Art. 14

2. Lorsque l'attitude astucieuse de l'auteur aura eu pour effet de soustraire aux pouvoirs publics un montant important représentant une contribution, un subside ou une autre prestation, ou de porter atteinte d'une autre manière à leurs intérêts pécuniaires, la peine sera l'emprisonnement pour un an au plus ou l'amende jusqu'à concurrence de 30.000 francs.”

¹⁰⁹¹ Conforme a la nueva redacción de la frase del apartado I.2 de la Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière de 3 de octubre de 2008, en vigor desde el 1 de febrero de 2009 (RO 2009 361; FF 2007 5919): “4. Si une infraction prévue à l'al. 1 ou 2 est commise dans le but de tirer des gains importants de l'importation, de l'exportation et du transit de produits, et que son auteur agit comme membre d'une bande formée pour commettre de manière systématique des escroqueries en matière de prestations et de contributions (escroqueries fiscales qualifiées), il est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée.”

¹⁰⁹² POPP P., *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2001, pág. 71-72.

países del Consejo de Europa la cooperación fiscal es prácticamente nula, pues Suiza no ha ratificado o a formulado reservas a los Protocolos Adicionales a los Convenios de extradición y asistencia judicial en materia penal, limitando la asistencia a los casos de “escroquerie” fiscal o en aplicación del “principio de favor”¹⁰⁹³, y en este sentido la jurisprudencia permite la aplicación del derecho interno cuando resulte más favorable para la cooperación internacional que el derecho convencional¹⁰⁹⁴. Con los países miembros de la UE existe colaboración en materia de infracciones fiscales en el cuadro de los Bilaterales II, y con EEUU la colaboración judicial en materia penal se aplica a las infracciones fiscales relacionadas con el crimen organizado¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ “Günstigkeitsprinzip” en alemán. Según este principio en caso de pluralidad de disposiciones aplicables se debe elegir la que sea más favorable a la cooperación internacional. En este sentido vid. POPP P., *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, op.cit., págs. 86-87 y ZIMMERMANN, R., *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3ª éd., Stämpfli, Berne, 2009, pág. 233.

¹⁰⁹⁴ En este sentido vid. ATF 132 II 178 (demanda de asistencia judicial del Mº de justicia de EE.UU.) consid. 2.1:

“.....Si le droit conventionnel ne prévoit pas expressément un certain mode de collaboration, cela n'empêche pas la Suisse de l'accorder en vertu des dispositions de son droit interne, soit de l'EIMP. La jurisprudence constante permet en effet l'application du droit interne lorsque celui-ci apparaît plus favorable à la coopération que le droit conventionnel (ATF 123 II 134 consid. 1a p. 136; ATF 122 II 140 consid. 2 p. 142; ATF 120 Ib 120 consid. 1a p. 122/123, ATF 120 Ib 189 consid. 2a p. 191/ 192; ATF 118 Ib 269 consid. 1a p. 271, et les arrêts cités). L'Office central a ainsi estimé que la procédure de confiscation pouvait, en elle-même, être considérée comme une "affaire pénale" au sens de l'art. 1 al. 3 EIMP, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de rechercher s'il existait une poursuite pénale ouverte à l'encontre de B. dans l'Etat requérant. Cette question doit être examinée en premier lieu.”.

Sobre la presencia de funcionarios americanos en las actuaciones de asistencia judicial solicitada a Suiza vid. TPF RR 2007.48 consid. 2.4.

¹⁰⁹⁵ Art. 7 párr. 2 del Tratado entre la Confederación Suiza y los Estados Unidos de

Conforme a la EIMP Suiza, en principio, no presta ninguna asistencia a la persecución de delitos fiscales objeto de investigación por una autoridad extranjera conforme al artículo 3.3 EIMP¹⁰⁹⁶. La exclusión de la cooperación en este campo no dependa de un problema de doble incriminación pues en Suiza se persiguen penalmente el fraude fiscal¹⁰⁹⁷ y la sustracción de impuestos¹⁰⁹⁸. Tampoco deriva de forma directa del secreto bancario, que puede ser suspendido en los casos previstos en la ley¹⁰⁹⁹. La razón principal que explica esta negativa a proporcionar la asistencia judicial en materia fiscal reside en el hecho de que en el derecho suizo el secreto bancario también constituye un obstáculo directo a la investigación fiscal y no puede ser levantado más que en caso de fraude¹¹⁰⁰, con lo que Suiza no puede proporcionar a las autoridades judiciales extranjeras lo que en derecho no puede obtener en sus investigaciones en el ámbito interno.

No obstante esta negativa presenta las siguientes excepciones:

1. Cuando la atención del requerimiento pueda servir para eludir la acusación penal de la persona requerida, puede ser concedida la asistencia aunque con reservas, pues en este caso la retención de una prueba que pudiera ser importante para la defensa de la persona concernida en un procedimiento penal extranjero pudiera ser desfavorable para el mismo y conseguiría un objetivo contrario al perseguido¹¹⁰¹.

América sobre la asistencia en materia penal de 25 de Mayo de 1973. (RS 0.351.933.6)

¹⁰⁹⁶ En este sentido se ha venido entendiendo en la jurisprudencia suiza. Vid. consideración. 2.2 de ATF 1A.176/2006 de 8 noviembre de 2006.

¹⁰⁹⁷ Art.14 DPA y art. 186 LIFD

¹⁰⁹⁸ Art. 175 à 185 LIFD

¹⁰⁹⁹ Art. 47.4 LB

¹¹⁰⁰ AUBERT, M., *Le secret bancaire suisse*, op.cit., págs. 222 y ss.

¹¹⁰¹ Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC) 46/IV,

2. Cuando se trate de una demanda de EE.UU que tenga por objeto la persecución de dirigentes del crimen organizado en aquel país existe obligación de proporcionar la asistencia solicitada¹¹⁰².

3. Cuando la demanda de asistencia se refiera a hechos que, conforme al derecho suizo, puedan ser calificados de “escroquerie” fiscal¹¹⁰³ en el sentido del artículo 24 de la Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale (OEIMP¹¹⁰⁴), que define la “escroquerie” fiscal como una “escroquerie” en materia contributiva en el sentido del párrafo 4 del artículo 14 de la “Loi fédérale sur le droit pénal administratif” de 22 de marzo de 1974 (DPA)¹¹⁰⁵. Se considera “escroquerie” contributiva la sustracción fraudulenta de impuestos mediante la utilización de títulos o indicaciones falsa, falseadas o materialmente inexactas. También pueden ser considerados “escroquerie” algunos otros engaños con astucia (tromperie astucieuse)¹¹⁰⁶ sin que medie falsificación de títulos, así como la sobrefacturación, la interposición de sociedades no residentes o la utilización sistemática de contratos falsificados. Es decir, la definición de

núm. 68, pág. 405, letra b.

¹¹⁰² Art. 2.2 y art. 7 del Traité d'entraide judiciaire Suisse-USA, RS 0.351.933.6. Disponible en <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/straf/recht/bilateral/sr0-351-933-6.html>

¹¹⁰³ Calificado en el sentido del art. 14.4, de la Loi fédérale sur le droit pénal administratif de 22 de marzo de 1974 (RS 313.0) Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2008/7553.pdf>

¹¹⁰⁴ De 24 de febrero de 1982. RS 351.11

¹¹⁰⁵ RS 313.0. En su nueva redacción conforme apdo. I.3 de la “Loi fédérale sur la mise en oeuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière” de 3 de octubre de 2008, en vigor desde el 1 de febrero de 2009 (RO 2009 361; FF 2008 3461).

¹¹⁰⁶ La “tromperie astucieuse” se refiere al empleo de maquinaciones, maniobras y de aquellas actuaciones en las que interviene la creación de estructuras falsas (Lügenrebäude) por parte del contribuyente. En este sentido vid. ATF 125 II 252.

“escroquerie” que hace la EIMP es más amplia que la que hace la LIFD¹¹⁰⁷. Una demanda de asistencia no puede ser rechazada por el simple hecho de que la normativa suiza no contemple el mismo tipo de tributo o de regulación¹¹⁰⁸. Si del contenido detallado de una demanda se deduce que los hechos que la originan reúnen todos los requisitos para ser considerados “escroquerie” en el sentido de la normativa suiza, ésta será atendida. Si del contenido de una demanda de información de carácter fiscal, político o militar se dedujera la existencia de otras infracciones de derecho común, se acordará la asistencia con la reserva expresa de que tal información únicamente será utilizada para la investigación o sanción de las infracciones de derecho común¹¹⁰⁹.

El carácter restrictivo de la asistencia judicial en materia fiscal se ve reforzado con la existencia de varias excepciones:

1. La reciprocidad contemplada en el artículo 8 EIMP. Con carácter general no serán atendidas las demandas de aquellos Estados que no aseguren una reciprocidad, pudiendo exigir la Oficina Federal garantías de ello si las circunstancias lo exigen¹¹¹⁰. Esta exigencia de reciprocidad será renunciable por la Oficina Federal cuando por la naturaleza del acto en que se funda la demanda o por la necesidad de luchar contra cierto tipo de infracciones sea evidente su ejecución¹¹¹¹.

2. El principio de doble incriminación del artículo 64.1 EIMP. La asistencia únicamente podrá prestarse cuando los hechos sobre los que se sustenta sean constitutivos de delito conforme al derecho suizo. La

¹¹⁰⁷ Art. 186 LIFD. Vid apdo. VI.1 anterior.

¹¹⁰⁸ Art. 24.2 OEIMP.

¹¹⁰⁹ Art. 6.1 EIMP .

¹¹¹⁰ Art. 8.1 EIMP

¹¹¹¹ Art. 8.2. EIMP. Se refiere a casos como la represión del crimen organizado, blanqueo de dinero y corrupción.

aplicación de este principio presenta dos excepciones¹¹¹² en las que puede llevarse a cabo la colaboración solicitada aún en no tratándose de infracciones penadas en Suiza:

- Cuando la ejecución de las medidas solicitadas tengan por objeto disculpar al acusado.
- Cuando se trate de la persecución de agresiones sexuales a menores.

3. La exigencia de legalidad en el país solicitante de la aplicación de medidas idénticas a las solicitadas contenida en el artículo 76 EIMP. A tal efecto se exigirá, en caso de duda, la entrega de un certificado que confirme que tales medidas son legales en el país solicitante.

La asistencia está sometida al principio de especialidad recogido en el artículo 67 EIMP, que se formula en distintos términos que en el Derecho Convencional¹¹¹³. Conforme a lo dispuesto en el artículo 67.1 EIMP la información transmitida no puede ser utilizada en el Estado requirente con fines de investigación, ni como medios de prueba en un procedimiento penal referido a infracciones para los que la asistencia está excluida en Suiza¹¹¹⁴, quedando cualquier otra utilización distinta sometida a la aprobación de la Oficina Federal. Como excepción a los principios enunciados, se concederá la asistencia judicial en los siguientes casos:

- Cuando la asistencia tenga por objeto descargar penalmente al

¹¹¹² Art. 64.2 EIMP

¹¹¹³ Por tal motivo Suiza formuló reservas al art. 2 del Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 (CEEJ)(RS 0.351.1), y al art. 26.5 del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal de 8 de noviembre de 2001(PAII CEEJ) (RS 0.351.12) Disponibles en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19590078/index.html> y en <http://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/straf/recht/multilateral/sr0-351-12.html>

¹¹¹⁴ Se trata de las exclusiones contenidas en el art. 3 EIMP

investigado¹¹¹⁵.

- En materia de delito político en los casos previstos en el art. 3.2 EIMP¹¹¹⁶.

- En caso de “escroquerie” fiscal¹¹¹⁷ o “escroquerie” fiscal cualificada¹¹¹⁸.

- En el ámbito de la Unión Europea; en casos de infracciones en materia de impuestos indirectos y aduanas.

- Con los Estados firmantes del Acuerdo de Schengen en los casos establecidos en los artículos 50 y 51 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS)¹¹¹⁹

- Con los Estados partícipes del Acuerdo de cooperación entre Suiza y la UE para la lucha contra el fraude y toda actividad ilegal que atente contra sus intereses financieros¹¹²⁰

VI.5.1 LA REVISIÓN DE LA EIMP

Tras la adopción del estándar del artículo 26 del MCOCDE en los CDI's

¹¹¹⁵ Art. 63.5 EIMP

¹¹¹⁶ Son casos tales como genocidio, crímenes de guerra o contra la humanidad y casos de especial gravedad como secuestro de aviones, exterminaciones masivas y toma de rehenes.

¹¹¹⁷ Art. 14 DPA.

¹¹¹⁸ Art. 14.4 DPA

¹¹¹⁹ Disponible en [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):es:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):es:HTML)

¹¹²⁰ Accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers de 26 de octubre de 2004, RS 0.351.926.81, RO 2009.1299.

Suiza admite las demandas de asistencia administrativa en caso de sustracción de impuestos mientras que, en el ámbito de los impuestos directos, la asistencia judicial penal sólo permite prestar asistencia a otro Estado en caso de “escroquerie” fiscal. Para homogeneizar el tratamiento de la asistencia en ambos ámbitos el Consejo Federal tomó el 29 de junio de 2011 la decisión de ampliar la asistencia judicial conforme a las líneas maestras seguidas en la regulación de la asistencia administrativa, mediante la modificación de la EIMP y la adopción de los instrumentos en la materia del Consejo de Europa.

A tal efecto encomendó al “Département fédéral de justice et police” (DFJP) la elaboración de un anteproyecto para la modificación de las excepciones previstas en la EIMP a la asistencia judicial en materia fiscal, así como adoptar sin reservas los Protocolos adicionales del Consejo de Europa de 17 de marzo de 1978 en materia de extradición y de asistencia judicial en materia penal. El 15 de junio de 2012 el Conseil fédéral envió a consulta un proyecto que suprimía en la Ley sobre asistencia penal internacional (EIMP) la prohibición de acordar la asistencia en casos de infracción fiscal salvo en los casos constitutivos de “escroquerie” fiscal, extendiendo la asistencia a todos los casos de infracción fiscal. Con la nueva redacción la EIMP se aplicará a todas las formas de asistencia judicial¹¹²¹, lo que para numerosos sectores ha supuesto sobrepasar el objetivo inicial de la reforma al fundamentarla sobre principios del derecho extranjero al considerar la sustracción de impuestos un delito de derecho común¹¹²². El 20 de febrero de 2013 decidió reenviar un proyecto

¹¹²¹ Comprende la extradición, la obtención de medios de prueba, la persecución penal y la ejecución de las decisiones penales extranjeras.

¹¹²² Vid. Comunicado de CONSEIL FÉDÉRAL, *Entraide judiciaire en matière fiscale: coordination avec le droit pénal fiscal et les dernières recommandations du GAfi*, de 20 de febrero de 2013. Disponible en <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=47839> y documento de la CONFERENCE DE DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DES FINANCES, *Extension de l'entraide judiciaire aux*

modificado a fin de que integre las últimas recomendaciones del GAFI sobre la lucha contra el blanqueo de dinero.

Pero esta extensión de la asistencia judicial en materia fiscal únicamente será aplicable a aquellos países con los que Suiza haya firmado un CDI, o cuyo CDI previo haya sido revisado, conforme al MCOCDE y a aquellos que países signatarios de los Protocolos adicionales del Consejo de Europa a los que con la reforma pretende adherirse. Con los Estados restantes Suiza continuará practicando una asistencia fiscal restrictiva limitada a los casos de “escroquerie” fiscal.

Para conseguir los objetivos fijados se plantea la necesidad de reformar la reserva fiscal contenida en el artículo de 3.3 EIMP y la aceptación sin reservas de los Protocolos adicionales al Convenio de extradición y de asistencia en materia penal de 17 de marzo de 1978. Con la reforma se consigue que sea aplicable la colaboración en caso de sustracción de impuestos directos, infracción para la que no existía base legal que permitiera la adopción de medidas de asistencia (excepto la excepción contenida en la LIFD en caso de importes elevados¹¹²³) pues en caso de sustracción opera la prohibición de entregar información bancaria conforme a las normas de secreto bancario fiscal¹¹²⁴.

Con la reforma al artículo 3.3 EIMP, que excluía la cooperación en el ámbito fiscal con dos excepciones, se añade una tercera excepción para homogeneizar la asistencia penal con la administrativa y evitar la incoherencia de que por vía administrativa pudiera proporcionarse una información que sería inaccesible por vía penal. De este modo la

infractions fiscales. Prise de position par rapport au projet de consultation, Berna, 21 de septiembre de 2012, pág. 3, 2º párr. Disponible en: http://www.fdk-cdf.ch/fr-ch/120921_irsg_stn_fdkpnb_def_f_uz.pdf

¹¹²³ Vid. art. 190 y ss. de la LIFD; RS 642.11.

¹¹²⁴ Vid art. 127.2 y 182.3 LIFD y los art. 43.2 y 57bis.3 LHID.

cooperación se extiende al ámbito judicial, tanto para la imposición directa como para la indirecta¹¹²⁵, aunque la demanda de asistencia puede seguir siendo rechazada conforme al artículo 4 EIMP si la infracción invocada es de importancia menor. No obstante conviene remarcar de nuevo que el principio de no asistencia en caso de sustracción de impuestos (infracción administrativa conforme a la legislación suiza) sigue vigente en relación a la asistencia judicial en materia fiscal con Estados con los que Suiza no haya firmado nuevos CDI's o no haya revisado los existentes con los nuevos criterios. De este modo, se reestructura el artículo 3 EIMP y se le añade un nuevo apartado 4, de modo que los párrafos a) y b) del artículo 3.3 se recogen ahora con idéntica redacción en el nuevo apartado 4 al que se añade el párrafo c) que extiende la asistencia a las demandas derivadas de un procedimiento por infracción en materia de tasas e impuestos, de aduanas y de cambio siempre que procedan de países con los que Suiza tenga firmado un Convenio que prevea la asistencia administrativa en materia de sustracción de impuestos.

Para llevar a cabo la asistencia judicial en materia de sustracción de impuestos ha sido necesario reformar las medidas coercitivas o de fuerza que permitan la puesta en práctica de la colaboración judicial que se encuentran recogidas en el artículo 64.1 EIMP. Se modifica el apartado 1 que establece que la asistencia judicial que implique la aplicación de medidas coercitivas previstas en la legislación del Estado demandante será admisible en el caso de que la demanda se sustente en hechos que puedan ser constitutivos de sustracción de impuestos. Será posible así aplicar medidas coercitivas en la asistencia en la sustracción de impuestos directos, pudiendo aplicarse para conseguir la expedición de documentos

¹¹²⁵ La extensión de la asistencia a todas las categorías de impuestos, y no sólo los impuestos sobre la renta y el patrimonio ha sido objeto de fuertes críticas de diversos sectores suizos. En este sentido vid. CONFERENCE DE DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DES FINANCES, *Extension de l'entraide judiciaire aux infractions fiscales. Prise de position par rapport au projet de consultation*, op.cit., pág. 4, párr. 4.b).

bancarios, pero siempre que los hechos sobre los que se asienta la demanda sean punibles en ambos Estados. Estas medidas de asistencia, añade, se podrán prestar únicamente a los firmantes de un CDI que prevean la asistencia administrativa en caso de sustracción de impuestos y fraude fiscal¹¹²⁶ y con los Estados firmantes de una Convención del Consejo de Europa que prevea la asistencia judicial en el caso perseguido que origine la demanda¹¹²⁷.

La última modificación concierne a la eliminación del principio de especialidad en el uso de la información remitida en el contexto de la asistencia judicial en materia fiscal, mediante la adición de dos nuevos apartados c. y d. al artículo 67.2 EIMP que amplían las excepciones a la necesidad de obtener la autorización previa de la *Office fédérale de la justice* para utilizar la información obtenida en usos distintos a los previstos en la demanda por los que se obtienen. Tras esta modificación la autoridad requirente podrá hacer uso de la información y de los medio de prueba remitidos por Suiza para la persecución de cualquier infracción fiscal siempre que cumpla con los requisitos del artículo 3.4.c. EIMP antes señalados. La eliminación de este principio se limita, nuevamente, a los firmantes de un CDI que prevean la asistencia administrativa en caso de sustracción de impuestos y fraude fiscal¹¹²⁸ y con los Estados firmantes de una Convención del Consejo de Europa que prevea la asistencia judicial en el caso perseguido que origine la demanda¹¹²⁹.

Por último resulta destacable que, aunque la EIMP no contiene disposiciones de carácter penal y no rige para ella el principio de

¹¹²⁶ Nuevo art. 64.1.a) EIMP.

¹¹²⁷ Nuevo art. 64.1.b) EIMP.

¹¹²⁸ Nuevo art. 67.2.c) EIMP.

¹¹²⁹ Nuevo art. 67.2.d) EIMP. Fundamentalmente los firmantes del Protocolo Adicional a la Convención europea sobre asistencia judicial en materia penal de 17 de marzo de 1978.

irretroactividad, el nuevo artículo 110c. establece que las nuevas disposiciones serán aplicables a los hechos cometidos tras su entrada en vigor.

VI.6 EL ACUERDO SOBRE LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE CON LA UE.

La política suiza en materia de asistencia internacional con la UE siempre ha estado orientada a la vía de los acuerdos y tratados bilaterales frente a la vía multilateral, tal y como reflejado en el resultado del referéndum de 6 de diciembre de 1992 sobre su inclusión en el Espacio Económico Europeo¹¹³⁰. En esta línea de actuación el Acuerdo sobre la lucha contra el fraude (ALF)¹¹³¹, que constituye el último acuerdo del paquete conocido en Suiza como “Bilaterales II”, no ha entrado todavía en vigor¹¹³² ya que, al tratarse de un acuerdo mixto, debe ser aprobado y ratificado por todas las partes, es decir tanto por la Unión Europea¹¹³³

¹¹³⁰ Resumen inicial del “Message relatif à l’approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l’Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (accords bilatéraux II)” de 1 de octubre de 2004 RS 04.063

¹¹³¹ Accord de coopération du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, d’une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d’autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, RS 0.351.926.81. Disponible en español en:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:046:0008:0035:ES:PDF>, y en francés en:

<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20042084/index.html>

¹¹³² Fue ratificado por Suiza el 23 de octubre de 2008, siendo aplicado de forma anticipada por Suiza desde el 8 de abril de 2009 con aquellos Estados que también lo han ratificado.

¹¹³³ La Comisión celebró el acuerdo en nombre de sus Estados miembros previa

como por todos sus Estados miembros¹¹³⁴. No obstante, en virtud del artículo 44.3 del mismo, se puede aplicar de manera anticipada de forma bilateral entre los países firmantes. Suiza ratificó el Acuerdo el 28 de octubre de 2008, y comenzó a aplicarlo de forma provisional desde el 8 de abril de 2009. Por parte de la UE ha sido ratificado por la propia UE y por 26 Estados miembros, no habiéndolo hecho todavía Irlanda y Croacia.

El objetivo del Acuerdo es mejorar la colaboración entre Suiza, la Unión Europea y sus Estados miembros en la lucha contra el contrabando, así como el fraude fiscal y otros actos que puedan atentar contra los intereses financieros de los signatarios en el ámbito de la imposición indirecta, las subvenciones y los mercados financieros. El Acuerdo compromete a Suiza a cooperar en materia de impuestos indirectos con las autoridades administrativas y judiciales de los países firmantes tanto en el marco de la asistencia administrativa¹¹³⁵ como en el de la colaboración judicial¹¹³⁶, para lo que pone a disposición de las autoridades de la UE idénticos instrumentos de lucha contra el fraude que los ella puede disponer en sus procedimientos internos e intensifica el intercambio de información fiscal. Por impuestos indirectos se entienden los derechos de aduana, el impuesto sobre el valor añadido y los impuestos especiales. Los impuestos directos son excluidos del campo de aplicación del Acuerdo, consiguiendo Suiza mantener el secreto bancario sobre éstos.

autorización del Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo 280 en relación con el apartado 2 del artículo 300 del Tratado CE

¹¹³⁴ La Suisse a ratifié l'accord le 23 octobre 2008 et l'applique depuis le mois de janvier 2009. De leur côté, 26 Etats membres de l'UE et la Commission de l'UE l'ont ratifié. En revanche, l'Irlande et la Croatie ne l'ont pas encore fait. Certains Etats membres de l'UE jugent le processus de ratification trop long. En vertu de l'art. 44, al. 3, de l'accord, ils l'appliquent également de manière anticipée.

¹¹³⁵ Regulada en el Título II (art. 7 a 24) ALF.

¹¹³⁶ Regulada en el Título III (art. 25 a 38)ALF.

La asistencia administrativa y la cooperación judicial sólo podrán ser denegadas cuando el requerimiento esté fundado en hechos que la Parte contratante requerida califique de infracción fiscal o cuando la legislación de la Parte requerida no contemple el mismo tipo de exacciones o gastos, no contenga el mismo tipo de normativa o la normativa vigente no califique los hechos del mismo modo que la del Estado requirente¹¹³⁷. La cooperación también podrá denegarse si la Parte contratante requerida considera que la ejecución de la solicitud puede afectar a su soberanía, seguridad, orden público u otros “intereses esenciales”. Conforme al principio de proporcionalidad recogido en el artículo 10 también se podrá denegar una solicitud cuando el número y la naturaleza de las demandas de asistencia presentadas durante un determinado periodo exijan a la autoridad requerida un “esfuerzo administrativo desproporcionado”.

Suiza prestará asistencia judicial no solamente en caso de “escroquerie” fiscal conforme a los términos establecidos en su derecho interno¹¹³⁸, sino que extiende ésta a cualquier infracción fiscal derivada del incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de los impuestos indirectos enumerados en el artículo 50 del CAAS.

El texto prevé también el embargo y el cobro de los importes devengados o indebidamente percibidos resultantes de las actividades ilegales recogidas en el artículo 2.1.a) ALF. Las medidas aplicables abarcan el registro domiciliario, las entrevistas con testigos y el examen de cuentas bancarias, pero siempre regidas por el principio de doble incriminación y únicamente en el caso de que el perjuicio económico supere los 25.000 euros de fraude, o 100.000 euros en caso de mercancías importadas o exportadas ilegalmente. La colaboración judicial se prestará cuando los valores patrimoniales procedentes de un fraude fiscal grave o del contrabando profesional se localicen en Suiza. El Acuerdo autoriza los

¹¹³⁷ Art. 2.2. ALF

¹¹³⁸ Art. 14 DPA

registros y el embargo de bienes en el marco de la colaboración judicial¹¹³⁹ siempre que el hecho del que trae causa sea sancionable en el Derecho de ambos Estados con penas de privación o restricción de libertad de al menos seis meses, o al menos en uno de los contratantes si en el otro constituye una infracción administrativa perseguible por un procedimiento cuya resolución pueda ser recurrible ante un órgano judicial y, además que las medidas requeridas sean compatibles con el Derecho interno del Estado requerido. A cambio de ceder en este aspecto Suiza consiguió que el Acuerdo establezca que en caso de extenderse posteriormente la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 51 CAAS a la fiscalidad directa podrá oponerse a la colaboración o a prestar asistencia. Esta excepción se fundamentaría en lo dispuesto en el apartado a) del artículo 51 CAAS por el que se podría rechazar el requerimiento, al no contemplar el Derecho suizo la posibilidad de recurso por las decisiones judiciales relativas a evasión fiscal en materia de fiscalidad directa¹¹⁴⁰. Así se plasmó en la declaración que Suiza hizo constar en el acta final del Acuerdo de Asociación a Schengen (AAS)¹¹⁴¹ en la que los firmantes reconocen que las decisiones administrativas en materia de delitos de evasión fiscal en la imposición directa no pueden ser objeto de recurso ante una jurisdicción competente especialmente en materia penal, y que afirma que los Tribunales administrativos suizos competentes en estos casos no pueden

¹¹³⁹ Suiza aceptó finalmente esta colaboración en caso de sustracción fiscal en los términos contenidos en el art. 51 CAAS.

¹¹⁴⁰ Sí sería factible la colaboración en los Cantones de Berna y Jura, que permiten el recurso ante un Tribunal Penal.

¹¹⁴¹ “Accord du 26 octobre 2004 entre l’Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l’association de la Confédération suisse à la mise en oeuvre, à l’application et au développement de l’acquis de Schengen” RS 0.362.31. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20042363/index.html>.

ser considerados “especialmente competentes” en materia penal¹¹⁴².

En la medida en que se den las condiciones establecidas en el artículo 31 ALF para las solicitudes de asistencia consistentes en registro y embargo, el acuerdo cubre también las solicitudes de información bancaria y financiera¹¹⁴³, que incluye la identificación e información de las cuentas bancarias¹¹⁴⁴ y la información sobre las operaciones realizadas por una determinada persona desde una o varias de estas cuentas¹¹⁴⁵. El Estado requirente deberá motivar por qué considera que la información solicitada puede ser fundamental para la investigación que origina la demanda de asistencia. El secreto bancario no es motivo para rechazar la cooperación¹¹⁴⁶.

Estas medidas también serán aplicables en caso de blanqueo de dinero de actividades incluidas en el ALF siempre que éstas sean en ambos Estados contratantes castigadas con pena de privación o restricción de libertad de más de seis meses. La Asociación de banqueros suizos hizo especial hincapié en incluir en el Acuerdo una particularidad de la normativa suiza, y es que el blanqueo de dinero procedente de la sustracción de impuestos no se contempla como factor constitutivo de riesgo incrementado en el artículo 7 de la Ordenanza de la CFB sobre el blanqueo de dinero¹¹⁴⁷. Así se recogió finalmente en el Acta final Acuerdo

¹¹⁴² El art. 7.5.a) ASS también regula claramente esta cuestión al excepcionar de la colaboración judicial la asistencia referida a infracciones en el ámbito de la fiscalidad directa que en Suiza no están penadas con privación de libertad.

¹¹⁴³ Art. 32 ALF

¹¹⁴⁴ Art. 32.1.a) ALF

¹¹⁴⁵ Art. 32.1.b) ALF

¹¹⁴⁶ Art. 32.5 ALF

¹¹⁴⁷ RS 955.022.

en una declaración común relativa al blanqueo¹¹⁴⁸, por lo que el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS)¹¹⁴⁹ no cambió el concepto de blanqueo de dinero recogido en el derecho suizo¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁸ “Les parties contractantes conviennent que l’art. 2, par. 3, de l’accord relatif à la coopération en matière de lutte contre le blanchiment inclut au titre des faits préalables ceux constitutifs de fraude fiscale ou de contrebande par métier selon le droit suisse. Les informations reçues sur base d’une demande concernant le blanchiment peuvent être utilisées dans des procédures pour blanchiment, sauf dans des procédures contre des personnes suisses si tous les actes pertinents de l’infraction ont été exclusivement commis en Suisse.”

¹¹⁴⁹ Disponible en: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):es:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):es:HTML)

¹¹⁵⁰ Art. 305bis CP (RS 311.0).

VII. CONCLUSIONES

Evolución del modelo internacional de intercambio de información fiscal.

Aprovechando las facilidades que proporciona el proceso de globalización y la cada vez mayor libertad de que gozan los movimientos de capitales, se incrementaron de manera vertiginosa tanto la movilidad de estos últimos como la de personas, por lo que algunas jurisdicciones se encontraron con una situación idónea para atraer capitales con nulos o muy reducidos costes para los contribuyentes.

En numerosas ocasiones la solicitud de información por terceros países a estas jurisdicciones, con el fin de asegurar la imposición de sus residentes por la totalidad de su renta mundial, choca con la negativa de éstas a proporcionarla amparándose en su normativa sobre secreto bancario. Las consecuencias negativas de esta falta de colaboración despliegan sus efectos perniciosos, además de en posibilitar el fraude fiscal, en una competencia fiscal entre jurisdicciones en su afán por atraer capitales y en la concesión de facilidades para el blanqueo de dinero.

Pero no fueron estas dos últimas cuestiones las que motivan los trascendentales cambios vividos en los últimos años en el ámbito del intercambio internacional de información, sino la eclosión de la crisis financiera mundial en septiembre de 2008, que hace que las necesidades recaudatorias de los distintos Estados se disparen, tanto por la caída de la recaudación fiscal como por el incremento del gasto público, lo que provocó que los países con un sistema de tributación que grava la renta mundial de sus residentes iniciaran una denodada lucha por la transparencia fiscal en busca de aquella información con trascendencia tributaria que les permita gravar rentas hasta entonces ocultas.

Como consecuencia se produjeron importantes avances en materia de intercambio internacional de información para combatir el fraude fiscal,

consiguiendo que diversos organismos, Estados e instituciones se sumaran al proyecto de lucha contra los paraísos fiscales (a los que se atribuye gran parte de la responsabilidad en el desarrollo de la crisis) y de implementación de los principios en materia de transparencia fiscal. De este modo el G-20, Estados Unidos y la OCDE se comprometieron a combatir el secreto bancario y a implementar medidas que permitieran fiscalizar los capitales de sus residentes de manera efectiva. El intercambio de información se convierte en el instrumento idóneo para garantizar la recaudación de los Estados en este contexto de globalización económica, crisis y competencia fiscal perniciosa, jugando la OCDE un papel fundamental en este proceso.

El Modelo de Convenio para evitar la doble imposición fue el primer modelo de instrumento jurídico que regula de forma general los intercambios de información entre Administraciones Tributarias en su artículo 26, proporcionando una base jurídica comúnmente aceptada para el intercambio bilateral de información a efectos fiscales. Hasta muy recientemente ha constituido el eje central de los trabajos de la OCDE en este ámbito.

La finalidad inicial de evitación de la doble imposición pronto se vio superada al constatar que la utilidad del intercambio de información no queda limitada a conseguir la adecuada aplicación de la legislación interna de cada jurisdicción en aquellas operaciones que se encuentran en el ámbito de su soberanía fiscal, sino que también juega un papel fundamental en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El artículo 26 del Modelo fue objeto de sucesivas modificaciones para adaptarse a su nueva finalidad, destacando la inclusión en 2005 del apartado 5 que impide que el secreto bancario pueda ser alegado como justificación para declinar el suministro de información al amparo de los límites del art. 26.3 MCOCDE y la modificación realizada el 17 de Julio de 2012 en la que se modifica el apartado 2 en el sentido de permitir la utilización de la información recibida para fines no tributarios siempre que la legislación de los Estados contratantes así lo permita y el Estado que proporciona la

información autorice esta utilización.

Aunque en los Comentarios al MCOCDE se contempla la posibilidad de intercambio espontáneo y automático, el modelo de la OCDE contempla fundamentalmente el intercambio a demanda que se ve dificultado por la necesidad de tener indicios previos de la existencia de bienes o rentas sobre los que solicitar información y por el hecho de que algunas jurisdicciones se muestran reacias a cooperar amparadas fundamentalmente en su normativa interna sobre secreto bancario. El artículo 26 del MCOCDE excede el concepto tradicional suizo de la finalidad de un CDI como instrumento para evitar la doble imposición, por lo que Suiza siempre se mostró reacia al intercambio de información contenido en este modelo. Por ello los Convenios suscritos por este país no respondían a las disposiciones del mismo relativas al intercambio de información, lo que motivó que Suiza manifestara sus reservas a los apartados 1 y 5 de dicho artículo hasta 2009.

La retirada total de la reserva al apartado 1 supone la aceptación por parte de Suiza del intercambio de información fiscal destinado a la correcta aplicación del derecho interno del otro Estado contratante, sin restricciones en cuanto al tipo de infracción de que se trate, es decir la tan temida por Suiza “grande entraide”.

Respecto a la reserva al art. 26.5 del MCOCDE, ésta se encuentra motivada en la consideración suiza del secreto bancario como una excepción al principio del intercambio de información para la correcta aplicación del Convenio ya que, contra la posición mantenida por la OCDE, entendían el instituto del secreto bancario incluido en el concepto de “secreto profesional o comercial” del art. 26.3.c) del modelo OCDE. Como consecuencia de la presión internacional se ha producido un paulatino cambio de postura suiza respecto al secreto bancario, que ya no podrá amparar una negativa a proporcionar información, incluso en caso de sustracción fiscal no constitutiva de delito conforme a la legislación suiza. La paradoja es que las autoridades fiscales de terceros países podrán

acceder a datos bancarios con los que no cuenta la propia Administración tributaria suiza, que se ve imposibilitada para solicitar esta información en caso de sustracción fiscal. Respecto a las modalidades de intercambio, sus Convenios únicamente contemplan la posibilidad de intercambio a demanda de otro Estado, no contemplando la posibilidad de intercambio automático.

Son diversas las posturas acerca del fundamento del secreto bancario, si bien en Suiza la idea central que subyace en el nacimiento y mantenimiento actual del secreto bancario suizo a nivel nacional es la idea de que el derecho a la intimidad es personalísimo. En el caso de Suiza diversas razones históricas llevaron a su positivización jurídica en la *Loi fédérale du 8 novembre de 1934 sur les banques et les caisses d'épargne* y a reforzarlo penalizando su infracción. Tradicionalmente el Tribunal Federal erige en regla de Derecho la inviolabilidad de la vida privada y decide que no es sólo un principio moral, sino en realidad un "bien jurídico" (Rechtsgut). Dado que para la jurisprudencia suiza la privacidad de orden económico también se configura como un bien jurídico, se ve amparada por esta protección. En las últimas décadas se ha producido una identificación del concepto de secreto bancario con conceptos tan poco deseables social y económicamente como el narcotráfico, el lavado de dinero, la financiación del terrorismo, los paraísos fiscales y la evasión fiscal, lo que añadido a la grave crisis financiera de 2008 ha deteriorado profundamente su imagen acelerando la presión internacional para acabar con esta institución. Esta presión ha sido particularmente intensa en el caso de Suiza que finalmente se ha visto obligada a renunciar a su aplicación en el ámbito del intercambio internacional de información.

La constatación de las deficiencias que el intercambio de información rogado plantea lleva a plantearse a nivel global distintas iniciativas que tratan de establecer, siquiera de forma parcial, un cierto grado de intercambio automático de información por las facilidades que ofrece para el control tributario y de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal en un entorno de globalización económica. De este modo se posibilita el acceso a

la información sin necesidad de conocimiento previo de la existencia de rentas o patrimonios, posibilitando un aumento de la recaudación sin incurrir en costes de investigación para la obtención de información que sirva para motivar los requerimientos. Entre estas iniciativas destacan las de la Unión Europea con las Directivas 2003/48/CE (modificada por la Directiva y 2014/48/UE) y 2011/16/CE (modificada por la Directiva 2014/107/UE) , y el Modelo de Acuerdo Intergubernamental celebrado entre EE.UU. y varios Estados miembros de la UE para aplicar la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras “Foreign Account Tax Compliance Act” (FATCA). Junto a todo lo anterior el Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria se abrió al intercambio automático tras la firma de un Acuerdo suplementario.

La Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, de 26 de junio de 2003 (la Directiva del Ahorro), abrió una nueva etapa en la Unión Europea, y por consiguiente en España, en materia de intercambio automático de información entre los Estados miembros de datos correspondientes a particulares. Además constituye la base para los acuerdos formalizados con diferentes Estados no miembros, entre los que se incluye Suiza, relativos al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE. Además del acuerdo se firmó un Protocolo de Acuerdo auxiliar entre Suiza, la Comunidad Europea y sus Estados miembros que fija el compromiso para las partes de entablar negociaciones bilaterales para incluir en sus correspondientes Convenios de Doble Imposición disposiciones relativas al intercambio de información cuando se solicite en casos de fraude fiscal o delito asimilado relacionado con rentas no sujetas al Acuerdo.

Junto al reducido alcance objetivo del intercambio automático, la Directiva del Ahorro adolece de otras limitaciones que condujeron a la aprobación el 24 de marzo de 2014 de la Directiva 2014/48/UE por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE, después de que Austria y

Luxemburgo decidieran levantar su veto al intercambio de datos bancarios en la UE, exigiendo que la UE firme acuerdos de intercambio automático con Suiza, Liechtenstein, San Marino, Mónaco y Andorra para evitar la fuga de capitales a estos países

La tendencia al intercambio automático de información se ve reforzada con la propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE sobre la cooperación administrativa presentada el 12 de junio de 2013, por la que los Estados miembros intercambiarán automáticamente información, a partir del 1 de enero de 2015 y siempre que esté disponible, acerca de cinco categorías de renta y de patrimonio: rendimientos del trabajo, remuneración de los consejeros, productos de seguro de vida no cubiertos por otras directivas, pensiones, y propiedad de bienes inmuebles y rentas procedentes de tales bienes. A través de la modificación de la Directiva del Ahorro, junto a la propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE sobre la cooperación administrativa, la UE pretende alinearse con el nuevo estándar global de intercambio automático de información.

Los esfuerzos de la OCDE en el ámbito del intercambio de información no se limitan al intercambio bilateral, sino que también tienen su reflejo en la elaboración de instrumentos multilaterales de intercambio como el Convenio conjunto del Consejo de Europa y de la OCDE sobre asistencia El Convenio OCDE-Consejo de Europa (modificado para adaptarlo a los actuales estándares de transparencia e intercambio de información y abrirlo a terceros países) constituye un instrumento multilateral que contempla todos los modos de intercambio, incluido el automático, si bien éste se presenta como una opción que precisa de la firma previa de un Acuerdo adicional entre las partes interesadas. Entre los terceros firmantes se encuentra Suiza, que firmó el Convenio el 15 de octubre de 2013 si bien todavía no lo ha ratificado. En él se recoge también la asistencia en materia de recaudación y contempla expresamente el respeto a los derechos de los contribuyentes y el secreto de la información intercambiada. El Convenio se abrió a terceros países y no sólo a los miembros de la OCDE y del Consejo de Europa, entre ellos Suiza, que

firmó el Convenio el 15 de octubre de 2013 si bien todavía no lo ha ratificado.

Entre las medidas articuladas a nivel internacional en un contexto de globalización económica se integra la “Foreign Account Tax Compliance” (FATCA) y los Acuerdos de ella derivados. Los Acuerdos FATCA se posicionan en línea con las últimas iniciativas de la Comisión Europea y de la propia OCDE que tratan de superar el modelo de intercambio de información a solicitud pasando a un modelo de intercambio automático o en masa, para luchar de forma efectiva contra el fraude fiscal internacional. El objetivo de la Ley es evitar la evasión fiscal que practican ciudadanos americanos que ocultan al IRS las rentas derivadas de la imposición de capitales en entidades financieras situadas fuera de EEUU. A diferencia de los estándares de intercambio de información de la OCDE, FATCA prevé establecer una comunicación directa entre los intermediarios financieros, en quienes recae la responsabilidad de la recogida y comunicación de la información, y la autoridad fiscal americana.

Para evitar las críticas que diversos gobiernos hicieron acerca de los problemas legales y los costes que implica para sus instituciones financieras implementar la Ley, las autoridades norteamericanas optaron por aplicarla mediante Acuerdos bilaterales con otros países (IGA). De este modo se consigue superar el problema de la extraterritorialidad, se eliminan impedimentos legislativos domésticos (protección de datos, secreto bancario, etc.), se adecuan los objetivos de la norma inicial reduciendo las cargas administrativas impuestas a gobiernos y entidades participantes y se evitan las retenciones en EEUU sobre los pagos realizados a las FFI establecidas en el país socio.

España firmó el Acuerdo bilateral en mayo de 2013 conforme a las especificaciones del modelo 1 IGA, pasando a ser considerado un socio FATCA de los EE.UU. El Acuerdo con España presenta la peculiaridad de que las entidades financieras españolas cumplirán con sus obligaciones de información ante la Agencia Tributaria española sin necesidad de acuerdo

con el IRS americano, quedando, no obstante, exoneradas de la retención del 30%. A diferencia de España, Suiza firmó el Acuerdo FATCA el 14 de febrero de 2013 conforme al denominado modelo 2 IGA que prevé un mecanismo de obtención de consentimiento irrevocable por parte del cliente en lugar de un intercambio automático de información, modificación introducida con la finalidad de soslayar la prohibición expresa que establece la normativa suiza sobre secreto bancario respecto a la entrega de datos de sus clientes por parte de las entidades bancarias. Como contrapartida a la negativa suiza a implantar el intercambio automático de información el Acuerdo no recoge, a petición americana, una cláusula de reciprocidad. Además la banca suiza se compromete a no proceder a la apertura de ninguna cuenta a residentes fiscales americanos que no hayan dado el consentimiento previo e irrevocable a la transmisión de sus datos al IRS.

El artículo 4 del Acuerdo autoriza a las entidades financieras suizas a firmar el contrato FFI con el IRS al que obliga FATCA, de modo que no quedan sujetas a las disposiciones penales del artículo 271 CP por actos ejecutados sin derecho por un Estado extranjero. La supresión que el artículo 4 del Acuerdo hace del artículo 271 del CP suizo a favor de Estados Unidos supone una clara injerencia en el derecho interno suizo. Por otra parte, pese a la negativa del Consejo Federal Suizo y a la creación de una estructura formal que no lo reconoce de forma expresa, el Acuerdo supone la aplicación práctica del suministro, que no intercambio, automático de información.

Con la finalidad de establecer un protocolo común para los intercambios automáticos y evitar la proliferación de marcos de actuación diversos con sus consiguientes costes procedimentales, la OCDE presentó el 13 de febrero de 2014 su “Propuesta de estándar internacional para el intercambio automático de información fiscal” basada en los anteriores trabajos de la OCDE sobre el intercambio automático de información e integrando en su texto los avances realizados en este ámbito por la Unión Europea, el nuevo enfoque de la Ley FATCA y los últimos avances en

materia de lucha contra el blanqueo de capitales.

Inspirándose en el Modelo 1 IGA de FATCA, las entidades financieras deberán recopilar la información relativa a no residentes y enviarla a sus autoridades fiscales nacionales. El alcance de la información a intercambiar supera al previsto en la Directiva del Ahorro (que se limita a ciertas categorías de intereses) y afecta tanto a las personas físicas como a las estructuras jurídicas que sean titulares de las cuentas. La información remitida deberá precisar las personas físicas o entidades tenedoras incluso cuando se trate de "trusts", fundaciones y otros mecanismos pantalla que tratan de ocultar su verdadera misión de ocultación, con la obligación de identificar a quienes las controlan. La obligación de identificar a los titulares y beneficiarios efectivos de los trusts satisface las exigencias de la banca suiza, que temía quedar en desventaja frente a las entidades financieras extraterritoriales anglosajonas que utilizan esta figura, tras verse obligada a aceptar los estándares de intercambio de información de la OCDE.

Suiza participó en la elaboración de los nuevos estándares internacionales para el intercambio automático de información planteando cuatro reivindicaciones que finalmente fueron incluidas en la propuesta de la OCDE:

- la aplicación del principio de reciprocidad en el intercambio de datos de clientes bancarios, a diferencia del Acuerdo FATCA Suiza-EE.UU. en el que se le negó por parte de EE.UU. como repuesta a la negativa suiza al intercambio automático de información sin consentimiento previo de los afectados;

- la identificación de los titulares reales de derechos de todo tipo de estructura jurídica, incluyendo expresamente la obligación de los trusts y las fundaciones de notificar la identidad de los titulares de los fondos, ya que temía quedar en desventaja frente a las entidades financieras extraterritoriales anglosajonas que utilizan esta figura, tras verse obligada a aceptar los estándares de intercambio de información de la OCDE;

-el respeto al principio de especialidad de forma que el intercambio de datos se efectúe entre autoridades fiscales y únicamente pueda ser utilizado para estos fines y

-el respeto al principio de confidencialidad de modo que se garantice la protección de datos.

El intercambio automático se espera que pueda ser aplicado desde septiembre de 2017 en un conjunto de países, entre los que se cuenta España, y a partir de 2018 en otros, entre los que se encuentra Suiza, que ya han firmado el Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes redactado por la OCDE. El problema es que el intercambio automático a realizar en 2017 únicamente afecta a las cuentas que permanezcan abiertas al finalizar 2015 y las que se abran con posterioridad, lo que posibilitará su traslado a territorios no firmantes del Acuerdo.

Progresivamente, y de forma complementaria a las actuaciones antes señaladas la OCDE inició un importante programa de reforma para luchar contra la reducida carga impositiva que soportan las entidades transnacionales, para tratar de resolver el problema de la erosión de bases imponibles y la transferencia de beneficios (Base Erosion and Profit Shifting - BEPS) mediante actuaciones de estructuración o planificación fiscal internacional. Estas actuaciones les han permitido beneficiarse de las asimetrías que ofrecen las legislaciones fiscales entre un país y otro, transfiriendo los beneficios a territorios con menor tributación y erosionando la base tributaria de las distintas jurisdicciones que interactúan entre ellas. Las actuaciones fiscales se centran en vigilar el cumplimiento de las reglas sobre precios de transferencia, pero no en determinar la verdadera naturaleza económica de las operaciones.

El 19 de julio de 2013, la OCDE publicó el informe “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting” que constituye un intento de reforma en profundidad del sistema fiscal internacional partiendo de la nueva realidad fiscal de las empresas transnacionales y en el que se proponen 15 acciones que persiguen tres objetivos fundamentales; abordar los problemas

derivados de la economía digital que permite realizar negocios desde cualquier lugar del mundo posibilitando así la reducción de la carga fiscal, asegurar la coherencia, así como cierto nivel de homogeneidad, en el gravamen de las transacciones internacionales entre las distintas soberanías fiscales y evitar la competencia fiscal desleal entre Estados y el abuso o uso impropio de los Convenios sobre Doble Imposición con el fin de conseguir la doble no imposición. El Plan supone el reconocimiento y la aceptación internacional de la insuficiencia de los Convenios y de la normativa nacional para hacer frente a los nuevos retos que plantean la globalización y la economía digital.

El Plan ha sido bien acogido en Suiza ya que, al contrario de lo que ocurre generalmente en los territorios “off shore”, Suiza es un país en el que se crea valor y el plan BEPS hace hincapié en la imposición en el territorio en que se crea. El Plan le obliga a modificar cinco regímenes fiscales considerados obstáculos a la competencia, fundamentalmente tres regímenes cantonales que privilegian fiscalmente los beneficios de fuente extranjera (Ring Fencing) de determinadas sociedades y holdings según se trate o no de sociedades suizas, a lo que Suiza se muestra plenamente dispuesta.

Adaptación de la normativa interna suiza al estándar de cooperación fiscal internacional.

La posición de Suiza en materia de asistencia administrativa y judicial en el ámbito fiscal ha sufrido en los últimos años cambios importantes modificaciones, principalmente por la presión ejercida por parte de los Estados Unidos y de los Estados miembros de la Unión Europea.

Por lo que respecta a la asistencia administrativa, la posición tradicional mantenida por Suiza resultaba muy peculiar y partía de los siguientes fundamentos:

- Los CDI tienen como único objetivo evitar la doble imposición, no la

lucha contra el fraude.

- La lucha contra la evasión fiscal debe realizarse mediante una elevada retención en la fuente.
- Las peculiaridades de su derecho penal, que distingue entre evasión y sustracción fiscal, y donde no es la intensidad de la culpa el criterio calificador, sino el uso o no de un título o documento falso o el engaño con astucia (“Urkundemodell” y “Arglistmodell”).
- La intencionalidad constituye el factor determinante en la calificación del fraude. Se considera que existe fraude fiscal incluso aunque no exista beneficio económico, es decir, se contempla el “dolo intencional”.
- El secreto bancario es una institución del derecho interno suizo destinada a proteger la esfera privada del individuo que reposa sobre el principio, recogido en las leyes federales y cantonales, de que el contribuyente es el centro del procedimiento impositivo.
- La legislación suiza no califica como delito la sustracción fiscal, por lo que en este caso el secreto bancario sigue operando frente a las autoridades fiscales, y esta es la causa de que Suiza haya denegado tradicionalmente intercambiar información bancaria en los casos de sustracción fiscal.

Todos estos factores configuraron históricamente la posición suiza frente a la asistencia administrativa, que se justificaba en la idea de no proporcionar a las Administraciones tributarias extranjeras mayores medios de los que disponían la propia Administración suiza, motivo por el que se mostraba reacia al intercambio de información fiscal destinado a la correcta aplicación del derecho interno del estado requirente, la conocida y temida por Suiza “grande entraide”.

La adopción del estándar OCDE obliga a Suiza a su aplicación sin restricciones amparadas en el derecho interno, lo que obligó a adaptar éste a las normas contenidas en los Convenios internacionales. La cancelación de reservas al artículo 26 MCOCDE significa que los CDI firmados por

Suiza que integren esta modificación deberá proceder al intercambio de todo tipo de documentos, incluidos los datos bancarios, que puedan servir para la aplicación del Convenio o del derecho interno del Estado requirente, independientemente de si se trata o no de un delito fiscal y de la fase en que se encuentre el procedimiento. El proceso de adaptación desembocó en la aprobación el 28 de septiembre de 2012 de la “Loi sur l’assistance administrative fiscale” (LAAF) que entra en vigor el 1 de febrero de 2013. Esta Ley fue modificada por “L’ordonnance relative à l’assistance administrative en cas de demandes groupées d’après les conventions fiscales internationales” de 16 de enero de 2013, que entró en vigor conjuntamente con la LAAF, por la que se autorizan las demandas agrupadas en consonancia con la revisión de los Comentarios al artículo 26 del MCOCDE de 27 de julio de 2012, con ciertos requisitos para evitar las “fishing expedition”. La LAAF regula la ejecución de la asistencia administrativa prevista en cualquier Convenio internacional que contemple un intercambio de información en materia fiscal. Su aprobación obligó a suprimir los artículos 16 a 24 de la Ley sobre la fiscalidad del ahorro.

Queda fuera de su ámbito de aplicación el intercambio de información realizado en virtud del AAF firmado entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, puesto que este Acuerdo no se limita al derecho fiscal sino que afecta a otros conceptos como royalties y subvenciones, y la asistencia en la recaudación de impuestos contemplada en el artículo 27 del MCOCDE que no es incluida por Suiza en sus CDI. Será aplicable a los CDI firmados con anterioridad a su entrada en vigor, y no sólo a los que entraron en vigor o hayan sido revisados con posterioridad a su entrada en vigor, aunque si el CDI no contempla su uso para permitir la aplicación del derecho interno del Estado requirente, no existe obligación de aplicación de la LAAF más allá de lo previsto en el mismo. La AFC no responderá a ninguna demanda basada en datos obtenidos mediante actos delictivos conforme al derecho suizo ni a las demandas que puedan ser calificadas como “fishing expeditions”.

La asistencia judicial se presta conforme a lo previsto en los convenios

bilaterales y multilaterales de asistencia judicial y en la Ley federal sobre asistencia internacional en materia penal (EIMP). La asistencia judicial únicamente será prestada en casos de “escroquerie” fiscal (definida conforme a los artículos 14.2 y 14.4 DPA) o en aplicación del “principio de favor”, y siempre que el delito sea punible en ambos Estados. La falta de colaboración en este ámbito no se debe a la aplicación del principio de doble incriminación sino al hecho de que el derecho suizo impide el acceso a datos bancarios, salvo en caso de fraude. Toda la asistencia está supeditada a los principios de reciprocidad, doble incriminación, legalidad, proporcionalidad y especialidad, excepcionándose las siguientes situaciones:

- Cuando tengan por objeto descargar penalmente al investigado;
- En los casos de delito político previstos en el art. 3.2 EIMP;
- En caso de “escroquerie” fiscal o “escroquerie” fiscal cualificada;
- En caso de infracciones en materia de impuestos indirectos y aduanas cometidas en el ámbito de la Unión Europea;
- En los casos establecidos en los artículos 50 y 51 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS), con los Estados firmantes del Acuerdo;
- Con los Estados partícipes del Acuerdo de cooperación entre Suiza y la UE para la lucha contra el fraude y toda actividad ilegal que atente contra sus intereses financieros.

La paradoja se produce tras la adopción del estándar del artículo 26 del MCOCDE, pues Suiza admite las demandas de asistencia administrativa en caso de sustracción de impuestos mientras que la asistencia judicial penal, en materia de impuestos directos, sólo permite prestar asistencia a otro Estado en caso de “escroquerie” fiscal. Con el fin de homogeneizar el tratamiento de la asistencia en ambos ámbitos se procedió en 2012 a la modificación de la EIMP y a adoptar sin reservas los Protocolos

adicionales del Consejo de Europa en materia de extradición y de asistencia judicial en materia penal. Con la nueva redacción la EIMP se aplicará a todas las formas de asistencia judicial (extradición, ejecución de medidas penales extranjeras,...) extendiendo la asistencia a todos los casos de infracción fiscal. En 2013 se produce una nueva modificación de la EIMP con la finalidad de recoger las últimas recomendaciones del GAFI sobre lucha contra el blanqueo de capitales.

De este modo la cooperación en el ámbito judicial se extiende tanto para la imposición directa como para la indirecta, evitando la incoherencia de que por vía administrativa pudiera proporcionarse una información que sería inaccesible por vía penal, si bien la demanda de asistencia puede seguir siendo rechazada si la infracción invocada es de importancia menor. Esta extensión de la asistencia judicial en materia fiscal únicamente será aplicable a aquellos países con los que Suiza haya firmado un CDI conforme al MCOCDE y a aquellos que países signatarios de los Protocolos adicionales del Consejo de Europa. Con los Estados restantes Suiza continuará practicando una asistencia fiscal restrictiva limitada a los casos de “escroquerie” fiscal.

Conclusiones finales

La crisis económica desencadenada en 2008 puso de manifiesto las graves carencias que presentaba el modelo de intercambio de información a demanda propugnado por el MCOCDE en un contexto de globalización económica y financiera. A partir de ese momento la presión política y las amenazas económicas se cernieron sobre aquellos territorios en los que tradicionalmente habían buscado refugio los capitales en busca de la opacidad que les proporcionaban sus bajos niveles impositivos y/o su opacidad, con el objetivo de aflorar rentas y capitales con los que incrementar la recaudación fiscal. Suiza, como referente mundial en captación de capitales y paradigma del secreto bancario, se constituyó en el objetivo preferente de estas presiones pese a contar con un elevado nivel impositivo y un derecho interno basado en la protección del derecho a la

intimidad profundamente arraigado en la sociedad suiza y recogido en su derecho positivo desde comienzos del siglo pasado.

La crítica situación de la economía mundial, afectada por una crisis sistémica, hace que los criterios de eficacia y eficiencia recaudatoria pasan a prevalecer sobre cualquier otra consideración, redoblándose las presiones sobre Suiza para el levantamiento del secreto bancario en el ámbito del intercambio internacional de información y, posteriormente, para conseguir su adhesión a un nuevo estándar mundial de intercambio automático liderado por la OCDE, EE.UU., la U.E. y el G20. El ímpetu de los impulsores desembocó en medidas que bordean, si no alcanzan, la extraterritorialidad. Así se aprecia en el caso de la iniciativa FATCA, a la que debió adherirse Suiza bajo presión y contraviniendo su propia normativa nacional. La firma del Acuerdo FATCA Suiza resulta difícilmente aceptable para la Confederación por sentirlo una imposición y una injerencia en su derecho interno, difícilmente justificable cuando no contempla ningún tipo de correspondencia por parte de EE. UU., un país que no grava las inversiones pasivas ni facilita información sobre ella (excepto a Canadá) y cuyos Convenios QI firmados con el IRS permiten no identificar a los clientes que tienen inversiones en EE.UU. libres de gravámenes. Suiza intentó soslayar las presiones mediante los denominados Acuerdos Rubik, pero esta iniciativa se vio abocada al fracaso.

La aprobación del nuevo estándar OCDE de intercambio automático de información da cobertura a la iniciativa FATCA, permitiendo superar el carácter bilateral de la iniciativa. Suiza se adhiere a esta iniciativa en cuya elaboración participó, poniendo especial énfasis en el “level playing field”, consiguiendo que el nuevo modelo recogiera sus reivindicaciones sobre la reciprocidad en el intercambio de datos de clientes bancarios, a diferencia del Acuerdo FATCA Suiza, y la identificación de los titulares y beneficiarios de los trusts tan utilizados por las instituciones financieras anglosajonas. También consiguió que se incluyeran sus reivindicaciones sobre la defensa de los derechos del contribuyente, garantizando al menos

el respeto a los principios de especialidad y de confidencialidad en el intercambio de información.

La preocupación Suiza radica en que si la identificación de los titulares y beneficiarios de los trusts no es completa no puede existir reciprocidad, pero Estados Unidos reclama ciertos privilegios: rechaza el principio de reciprocidad total en el intercambio y exige excepciones en las normas relativas a los trusts y los paraísos fiscales extraterritoriales. Suiza aceptó adaptar su normativa a las principales exigencias del GAFI respecto a la identificación de las acciones al portador con la presentación del proyecto de Ley sobre la aplicación de las Recomendaciones del GAFI revisadas en 2012, junto al anteproyecto de modificación de la Ley sobre el blanqueo de dinero, pero sigue vigente la imposibilidad de identificación de los beneficiarios efectivos de una cuenta cuya titularidad corresponda a una Limited Liability Company (LLC) en el Estado americano de Delaware y la excepción de la obligación de EE.UU. de identificar los beneficiarios efectivos de las cuentas abiertas en entidades financieras americanas por entidades jurídicas opacas con residencia en países con los que USA no haya firmado un Acuerdo FATCA. Esta última excepción pretende compensarse por parte de EE.UU. con la práctica de una retención en la fuente del 30% que pretende homologar con un intercambio automático de información, es decir, lo que resultaba inaceptable en los Acuerdos Rubik y en el Acuerdo sobre la fiscalidad del ahorro ahora sí se acepta como una solución plenamente válida, con el agravante de que tal retención no se practicaría si los rendimientos proceden de inversiones en valores no americanos. Otra limitación a la reciprocidad se produce por el hecho de que el nuevo estándar se basa en el modelo FATCA 1, lo que supone que EE.UU. únicamente proporciona información relativa a dividendos e intereses, mientras que la contraparte debe proporcionar mayor cantidad de información. Presumiblemente esto supondrá para Suiza aceptar, pese a haber firmado el modelo 2IGA, el intercambio previsto en FATCA 1 con EE.UU.

El hecho de que la OCDE cambiara su enfoque, propiciado por la

Administración Bush, acerca de lo que debía ser considerado paraíso fiscal dejando de ser relevante el nivel impositivo, incluso la inexistencia de imposición, para clasificar un territorio como paraíso fiscal sirve a aquellos territorios cuyo sistema fiscal favorece la captación de capitales con una baja imposición, y afecta negativamente a Suiza, que dispone de un sistema impositivo avanzado con elevados tipos impositivos. Resulta llamativo que se justifique este giro radical con el argumento de que resulta inaceptable que un país o grupo de países interfiriera en las decisiones de cualquier otro país sobre cómo estructurar su propio sistema fiscal (según declaraciones del propio Secretario del Tesoro americano O'Neil), y por el contrario se considere justificada la injerencia en su derecho interno sobre protección de la intimidad, máxime cuando se trata de normas vigentes décadas antes de que se conociera el concepto de globalización y de libre circulación de capitales. Si el enfoque de la OCDE para luchar contra la competencia fiscal perniciosa asume que la potestad de cobrar o no impuestos es uno de los atributos que definen que un ente es o no un Estado, cabe cuestionarse si la potestad de regular libremente su asistencia administrativa en el ámbito fiscal no constituye igualmente un atributo de estaticidad. Las consecuencias para Suiza del intercambio automático de información en este contexto son evidentes, la fuga de numerosos capitales con destino a paraísos fiscales.

El examen al que el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información sometió a Suiza, publicado en junio de 2011, concluyó que las condiciones establecidas por la normativa suiza en materia de transparencia e intercambio de información eran demasiado restrictivas y no cumplían plenamente el estándar OCDE vigente debido a la imposibilidad de identificación de los propietarios de acciones al portador, a que el intercambio de información conforme al estándar OCDE vigente únicamente se produce con aquellos Estados con los que había suscrito o revisado Convenios conforme al nuevo estándar, a las exigencias de identificación del contribuyente a quien concierne la información y a la obligación de comunicar previamente al afectado las actuaciones y permitirle el acceso al expediente. La aceptación por parte de Suiza del

522

nuevo estándar OCDE de intercambio automático y las modificaciones llevadas a cabo o en curso en su normativa interna suponen la práctica integración de Suiza en el nuevo panorama mundial sobre intercambio de información, aunque las últimas modificaciones introducidas por el Consejo Nacional suizo en el proyecto de Ley sobre la aplicación de las Recomendaciones del GAFI revisadas en 2012 crean ciertas dudas sobre su aceptación por el GAFI y el Foro Mundial. La presión internacional hace que el proceso de homologación sea ineludible, si bien el derecho a la intimidad cuya protección garantiza el secreto bancario seguirá vigente para los ciudadanos suizos. En el curso del proceso de negociación de las condiciones definitivas de aplicación del nuevo modelo de intercambio automático, Suiza tuvo como objetivos fundamentales:

1.- Encontrar una solución para regularizar los fondos evadidos antes de la introducción del intercambio automático de información, pues el sector financiero suizo teme que muchos capitales abandonen la plaza financiera con destino a jurisdicciones de baja o nula tributación.

2.- Conseguir el mayor grado de reciprocidad en el intercambio, intentando paliar en lo posible la asimetría contemplada en el modelo FATCA.

3.- En aras del “level playing field”, y para proteger a su sector financiero frente a la competencia anglosajona, que el intercambio de información alcance a todo tipo de estructuras jurídicas, fundamentalmente los trusts.

4.- A pesar de haber conseguido el reconocimiento a los principios de especialidad y de confidencialidad (renunciando a los principios de doble incriminación y de proporcionalidad que sustentaban su esquema legal de asistencia administrativa y cooperación judicial) preocupa el modo concreto en que se va a garantizar esa protección de datos y el uso de los mismos, pues la intimidad del contribuyente puede verse expuesta al obrar éstos en poder de países en los que no goza de la misma protección jurídica que en el suyo.

Si bien el intercambio automático de información resulta un instrumento efectivo para la lucha contra la evasión fiscal al permitir disponer de información sobre contribuyentes que aún no han sido identificados como evasores a través de los métodos internos de fiscalización, el abandono de la lucha contra la competencia fiscal perniciosa que representan los territorios con nula o baja imposición resta efectividad a la medida por cuanto hace que persista la posibilidad de evasión fiscal, con lo que únicamente se habría conseguido desplazar los movimientos de capital hacia estos territorios. Por otro lado resulta fundamental, para alcanzar la máxima efectividad, eliminar toda asimetría en la aplicación del nuevo estándar de intercambio automático y compaginar todas estas medidas con la implantación de iniciativas como BEPS tendentes a evitar el amparo que las grandes multinacionales encuentran en la heterogeneidad normativa y su capacidad de reducir su imposición desplazando bases imponibles mediante operaciones estructurales y de planificación fiscal.

Las modificaciones introducidas en la normativa suiza suponen una clara merma de los derechos y garantías del contribuyente en el ámbito del intercambio internacional de información fiscal, por cuanto su derecho a ser notificado de la existencia de un requerimiento de información, a una audiencia previa a la transmisión de los datos y a la impugnación de las medidas adoptadas se ha visto limitado, lo que reduce las posibilidades del obligado tributario de someter el intercambio a un control administrativo y jurisdiccional previo.

BIBLIOGRAFÍA

- ADONNINO, P.: “Lo scambio di informazione fra amministrazioni finanziarie”, en UCKMAR, V. (Coord.) y otros: *Corso di Diritto tributario internazionale*, Cedam Padova, 2005.
- ALBISETTI, E. y otros., *Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz*, 4ª éd., Thoune, 1987.
- ALMUDÍ CID, J. M. y SERRANO ANTON, F.: “La residencia fiscal de las personas físicas en los convenios de doble imposición internacional y en la normativa interna española”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núms. 221-222, 2001.
- ALONSO GONZÁLEZ, L. M. Y ALVAREZ BARBEITO, P.: *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1997.
- ALPERT, H. y RAAD, K. (dir.), *Essays on International Taxation: Essays on International Taxation: To Sidney I. Roberts, With Esteem and Affection from the Participating Authors and the Partners of Roberts*, Kluwert Law and Taxation Publishers, Boston, 1993.
- ALTVATER, E. y MAHNKOPF, B., *Las limitaciones de la globalización. Economía, ecología y política de la globalización*, 1ª ed., Siglo XXI editores, México D. F., 2002.
- AUBERT, M. y BERNASCONI, P.: *Les nouveaux défis au secret bancaire suisse*, Méta-Editions, Lausanne, 1996.
- AUBERT, M. y otros, *Le secret bancaire suisse*, 3ª éd., Staempfli & Cie S.A., Berna, 1995.
- AUGSBURGER-BUCHELI, I. y PERRIN, B.; *Les enjeux juridiques du secret bancaire*, Schulthess Éd. Romandes, Ginebra, 2011.
- AULT, H. “The role of the OECD Commentaries in the interpretation of tax treaties” en ALPER, H. y RAAD, K. (dir.), *Essays on International Taxation: Essays on International Taxation: To Sidney I. Roberts, With Esteem and Affection from the Participating Authors and the Partners of Roberts*, Kluwert Law and Taxation Publishers, Boston, 1993.
- AVERY JONES, J., “The effect of changes in the OECD Commentaries after a treaty is concluded”, *Bulletin Tax Treaty Monitor*, núm. 3, 2002.

- AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J., *El secreto bancario*, Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- BAEZA ALBENDEA, A., CARO CEBRIAN, M. J. y CARO CEBRIAN, A., “Asistencia al contribuyente, secreto profesional y derecho a la intimidad en el ámbito tributario: nueva aportación (II)”, *Revista CaT (Monografías)*, núm. 82, 1988.
- BARASSI, M.: “Lo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie”, *Rivista di diritto tributario internazionale*, núm. 3/1999, Editoriale Tributaria Italiana, 1999.
- BEHNISCH, U.: “Neue Entwicklungen der internationalen Amtshilfe im Bereich der Direkten Steuern: Durchbrechung des Bankgeheimnisses ohne substantielle Zugeständnisse des Auslandes?”, *L’Expert comptable suisse*, 2010.
- BERNASCONI, P., “Le secret bancaire suisse entre deux feus : procédures pénales et fiscales”, en AUBERT, M. y BERNASCONI, P., *Les nouveaux défis au secret bancaire suisse*, Méta-Editions, Lausanne, 1996.
- BIZZOZERO, A.: *Le contrat de gérance de fortune*, KPMG Fides, Fribourg, 1992.
- BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª edic., Edit. Aranzadi, Pamplona, 2012.
- BLUM E., J. A., LEVI, M., NAYLOR, R. T., WILLIAMS, P.; “Financial Havens, Banking Secrecy and Money-Laundering”, Serie Técnica del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) bajo los auspicios del Global Programme Against Money Laundering, doc. nº 8, UNITED NATIONS-Office for Drug Control and Crime Prevention (ODCCP), New York, 1998. Disponible en <https://www.imolin.org/imolin/finhaeng.html>.
- BOCHATAY, J.L., FAVRE, M., WASEM, J.M.; “L’entraide administrative selon les standards de l’OCDE: la nouvelle politique de la Suisse”, *L’Expert comptable suisse*, núm. 4, 2010.
- BONVIN, M. ; “L’échange de renseignements suivant les nouvelles conventions franco-suisse et américano-suisse : le changement que ces conventions représentent du point de vue suisse”, *Not@lex*, núm. 4/2010.
- BOUMA, H.B., “11 Reasons Why FATCA Must Be Repealed”, *Tax*

Management International Journal, 41 TMIJ 651, Bloomberg BNA, 14 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://americansabroad.org/files/3113/5691/0777/elevenreasons.pdf>.

- BRIELMAYER, B., LANGER, M., LINN, A. y WENZ, M.; “Tax Treaty Application: Cross border Administrative Issues (Including Exchange of Information, Collection of Taxes, Dispute Settlement, Legal Certainty in Tax Treaty Application)”, en LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C., STORK, A. y ZAGLER, M. (Direct.), *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Amsterdam: IBFD, 2010.
- BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M. D., “El intercambio de información entre Administraciones Tributarias en el marco de la OCDE”, *Cuadernos de Formación*, vol. 4/2007.
- BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M. D., “Fiscalidad internacional e intercambio de información”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 2001.
- BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M. D.: “Intercambio de información internacional”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Vol. 2, Instituto de Estudios Fiscales, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 2001.
- BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M.D.: “Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (Impuestos directos e IVA)”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 23, Instituto de Estudios Fiscales, 2002.
- BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a Dolores “Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (Impuestos Directos e IVA)”, Ponencia en la XLVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2004.
- BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M^a Dolores. “La colaboración entre Administraciones Tributarias: El intercambio de información”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 2^a ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2004.
- CABRA DE LUNA, J. M., “Derecho a la intimidad y funciones investigadoras de la inspección financiera y tributaria. Acerca de la sentencia del Tribunal

Constitucional en el caso Garrido-Falla”, *Impuestos*, vol. 4-6, 1985.

- CALDERÓN CARRERO, J.M.: “Algunas consideraciones en torno a la interrelación entre los Convenios de doble imposición y el Derecho comunitario europeo: ¿Hacia la “comunitarización” de los CDISs?”, *Crónica Tributaria*, núm. 102, 2002.
- CALDERÓN CARRERO, J. M.: “Blanqueo de capitales, paraísos fiscales y sistema tributario”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 299, 2009.
- CALDERÓN CARRERO, J. M.: “El artículo 26 MC OCDE 2000: La cláusula de intercambio de información”, en RUIZ GARCÍA, J. R. y CALDERÓN CARRERO, J. M. (Coords): *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, Coruña, 2004.
- CALDERÓN CARRERO, J. M.: “El control del fraude fiscal internacional a través del intercambio de información”, *Working Papers*, núm. 44, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña, 2000.
- CALDERÓN CARRERO, J. M.: *El derecho de los contribuyentes al secreto tributario. Fundamentación y consecuencias materiales y procedimentales*, Edit. Netbiblo, La Coruña, 2009.
- CALDERÓN CARRERO, J. M.: “El intercambio de información entre Administraciones Tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa”, en SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F. (Dir.): *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., “El procedimiento de intercambio de información establecido en los convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010.
- CALDERÓN CARRERO, J. M.: “Hacia una nueva era de cooperación fiscal europea: las Directivas 2010/24/UE y 2011/16/UE de asistencia en la recaudación y de cooperación administrativa en materia fiscal”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 343, 2011.

- CALDERÓN CARRERO, J. M.: “Intercambio de información y asistencia mutua”, en CARMONA MÉNDEZ, N., CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., TRAPÉ VILADOMAT, M., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, edic. 2012.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, CEF, Madrid, 2000.
- CALDERÓN CARRERO, J.M.: “La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI”, *Documentos de trabajo núm. 20/06*, Instituto Estudios Fiscales, 2006.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. “La planificación fiscal internacional basada en el artículo 20 bis LIS: la sujeción a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al impuesto sobre sociedades español”, *Carta Tributaria*, Diciembre 2002.
- CALDERÓN CARRERO, J. M.: “Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Crónica Tributaria* nº 111, 2004.
- CALDERÓN CARRERO: “Spain's first tax treaty with Costa Rica”, *Tax Notes International*, vol.35, núm. 4, 2004.
- CALDERÓN CARRERO, J.M.: “Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones tributarias”, *Crónica Tributaria*, núm. 99, 2001.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., “Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Documentos*, núm. 111, Instituto de Estudios Fiscales, 2004.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. Y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: “Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos e interpretación”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N.: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Madrid, 2012.
- CALVO VÉRGEZ, J., “El intercambio de información fiscal en el ámbito del Derecho Internacional Tributario: algunas consideraciones”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 10, 2003.

- CAPELLANO, L. M^a., *El intercambio de información fiscal. El desafío de su funcionalidad hacia la transparencia fiscal*, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- CARELLI, F.: "The New Tax Agreement between Switzerland and the United Kingdom An Analysis", *European Taxation*, núm. 6, junio 2012.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N., SERRANO ANTÓN, F. y BUSTOS BUIZA, J.A.; "Algunos aspectos problemáticos de la fiscalidad de los no residentes", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 24, 2002.
- CARMONA FERNANDEZ, N.; *Guía del IRNR*, Ciss, Valencia, 2003.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N.: "Medidas antielusión fiscal: medidas antiabuso en los CDIs". en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010.
- CARMONA MÉNDEZ, N., CALDERÓN CARRERO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., TRAPÉ VILADOMAT, M., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, edic. 2012.
- CARPIZO BERGARECHE, J. y SANTAELLA VALLEJO, M.: "De los paraísos fiscales y la competencia fiscal perjudicial al Global level playing field . La evolución de los trabajos de la OCDE", *Cuadernos de formación* , IEF, vol. 3/ 2007.
- CAYÓN GALIARDO, A.: "Los sujetos pasivos y la cooperación administrativa internacional en la gestión tributaria", en ALONSO GONZÁLEZ, L. M. Y ALVAREZ BARBEITO, P.: *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1997.
- CAZORLA PRIETO, L. M.: *El secreto bancario*, IEF. Madrid, 1978.
- CERVERA TORREJÓN, F.: "El secreto bancario en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal" en *Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, Vol. I, IEF. Madrid, 1978.
- CHICO DE LA CÁMARA, P.: La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Modelo de Convenio de la OCDE, en SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F. (Dir.): *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.
- COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (Coords.): *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, Atelier,

Barcelona, 2012.

- CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 2ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2004.
- CRUZ AMORÓS, M.: “El intercambio de información y el fraude fiscal”, *Información Comercial Española*, núm. 825, Septiembre-Octubre de 2005.
- DE JUAN Y LEDESMA et al., “Spain: The tax treatment of software”, *European Taxation*, vol. 40, núm. 7, 2000.
- DE MIGUEL ARIAS, S., “Algunos aspectos problemáticos de la protección jurídica de los obligados tributarios ante los requerimientos de información en la Unión Europea, en GARCÍA PRATS, F. A., *Intercambio de informacion, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, IEF, Madrid, 2014.
- DE MIGUEL ARIAS, S.: “Los derechos de los obligados tributarios ante los requerimientos de información entre Estados miembros de la Unión Europea en la Directiva 2011/16 /UE”, *Revista Española de Derecho Financiero*, número 156, Octubre- Diciembre 2012.
- DELGADO PACHECO, A.: “La asistencia mutua entre Administraciones tributarias”, *Impuestos*, núm. 1, 1990.
- DELMAS GONZÁLEZ, F. J., “La Directiva sobre fiscalidad del ahorro”, *Documentos IEF*, núm. 19/02.
- DELMAS GONZÁLEZ, F.: “Análisis de la propuesta de modificación de la Directiva del ahorro”, *Crónica Tributaria*, núm. 135/2010.
- DENIS, C., MC MORROW, K. Y RÖGER, W., “Globalisation: Trends, Issues and Macro Implications for the EU”, *Economic Paper* nº 254, DG-ECOFIN, Comisión Europea, Bruselas, 2006.
- DI PIETRO, A.: “El futuro tributario de la Unión Europea: del mercado al ordenamiento jurídico, de las libertades económicas al principio de la imposición”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 116, 2002.
- REICHEN, N.: “Evasión, soustraction et fraude fiscales et blanchiment de capitaux”, *L’expert comptable suisse*, núm. 8/2002.
- DIETER C., DITTMANN, A., FECHNER, F. y GASSNER, U., *In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen...*, Ducker & Humblot GmbH, Berlin, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: la recepción de la legislación internacional en el ordenamiento

- penal español” en “El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 1, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Febrero de 1994.
- DONATSCH, A.: “Erste Erfahrungen mit dem Beweisrecht”, *Forum penale*, núm. 4, 2012.
 - DURÁN HAEUSSLER, C., “Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA): una normativa “made in USA””, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, núm. 31, 2012.
 - FALCON Y TELLA, R., “La armonización en la jurisprudencia”, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.
 - FALCON Y TELLA, R., “La llamada *Tasa Tobin* o impuesto sobre las transacciones financieras especulativas”, *Quincena Fiscal*, núm. 9, 2001.
 - FERNÁNDEZ MARÍN, F., *La tutela de la Unión Europea al contribuyente en el intercambio de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2007.
 - FERNÁNDEZ MARÍN, F.: *El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
 - FERRE NAVARRETE, M.: “Los paraísos fiscales y las medidas antiparaíso”, en la obra dirigida por CORDÓN EZQUERRO, T. (dir), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3ª edición, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008.
 - FUSTER GÓMEZ, M. y LEDERMAN, A. S.: “Las nuevas medidas fiscales internacionales adoptadas en España en relación con la evasión fiscal y la reducción del déficit público”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 4, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014.
 - GARCÍA CALVENTE, Y., “El régimen de información en la Propuesta de Directiva sobre imposición mínima de intereses”, *Impuestos*, núm. 22, 2000.
 - GARCÍA CARACUEL, M.: “El supuesto de retención en la Directiva 2003/48/CE”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, num. 1/2005.
 - GARCÍA NOVOA, C., “Derecho Tributario a las puertas del siglo XXI. Retos de futuro”, *Mundo Fiscal*, núm. 1, 2006
 - GARCÍA NOVOA, C.; “Pasado, presente y futuro de la fiscalidad europea de los mercados financieros”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214, 2002.
 - GARCÍA PRATS, F. A. “La propuesta de Directiva de la Imposición sobre el Ahorro: algunos apuntes”, *Crónica Tributaria*, núm. 96, 2000.

- GARCÍA PRATS, F. A., “Cooperación administrativa internacional en materia tributaria. derecho tributario global”, *Documentos IEF*, núm. 3, 2007.
- GARCÍA PRATS, F. A., *Intercambio de informacion, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, IEF, Madrid, 2014.
- GARCÍA PRATS, F. A., “La cláusula de no discriminación en los convenios para evitar la doble imposición internacional”, en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, 4ª. ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010.
- GARCÍA PRATS, F. A., “Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”, *Crónica tributaria*, núm. 133/2009.
- GARCÍA PRATS, F. A.: “Exchange of Information Under Article 26 of the UN Model Tax Convention”, vol.53, nº 12, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, United Nations Public Administration Network, 1999.
- GARCÍA SOBRINO, E. “La cooperación administrativa en la Unión Europea: el programa Fiscalis 2007”, *Documentos*, número 23, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.
- GAUTSCHI, G “Auftrag Der Einfache”, artículo 400, en GAUTSCHI, G y otros, *Berner Kom-Mentar Bd. VI: Das Obligationenrecht*, Art. 394-406 OR, Volumen II, Parte IV, 3ª ed., Berna, 1971.
- GAUTSCHI, G y otros, *Berner Kom-Mentar Bd. VI: Das Obligationenrecht*, Art. 394-406 OR, Volumen II, Parte IV, 3ª ed., Berna, 1971.
- GAUTSCHI, G, “Auftrag Der Einfache”, artículo 398, *Berner Kom-Mentar Bd. VI: Das Obligationenrecht*, en GAUTSCHI, G y otros, *Berner Kom-Mentar Bd. VI: Das Obligationenrecht*, Art. 394-406 OR, Volumen II, Parte IV, 3ª ed., Berna, 1971.
- GIL SORIANO, A.: “Las amenazas de la Foreign Account Tax Compliance Act estadounidense”, *Tribuna Fiscal*, núm. 257, 2012.
- GIL SORIANO, A.: “Toward an automatic but asymmetric exchange of tax information. The U.S. Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) as inflection point”, en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (Coords.): *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2012.
- GLAUSER, P. M. (Dir.); *Evasión fiscale. Une approche théorique et pratique*

de l'évasion fiscale, Schulthess, Zürich, 2010.

- GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, J.; “Presente y futuro del intercambio de información y la asistencia mutua en las relaciones fiscales internacionales”, *Crónica Tributaria*, núm. 71, 1994.
- GRANER, P.; “Responsabilité pénale d’après le CO et la loi bancaire y compris le secret professionnel du banquier”, *Fiche juridique suisse*, núm. 876, Ginebra, 1947.
- GRAU RUIZ, M.^a A.: “La revitalización del intercambio de información el marco de los Convenios” en MARTÍN DÉGANO, I., VAQUERA GARCÍA, A. y MENÉNDEZ GARCÍA, A.: *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*,., Vol. 2, Lex Nova, Madrid, 2005.
- GRAU RUIZ, M.^a A.; “Avances Propuestos en la Asistencia Mutua en Materia de Recaudación”, *Crónica Tributaria*, núm. 94, España, 2000.
- GRAU RUIZ, M.^a A.; “La asistencia mutua en materia de recaudación en la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, núm. 1, 2001.
- GRAU RUIZ, M.^a A.; *La cooperación internacional para la recaudación de tributos: el procedimiento de existencia mutua*, La Ley, Madrid, 2000.
- GRÜNINGER, H., KELLER, A.; “Internationale Amts und Rechtshilfe durch Informationsaustausch”, *Archives de droit fiscal suisse*, núm. 65, Berna, 1992.
- GUHL, T.; *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9^a ed, Schulthess Verlag, Zurich, 2000.
- GUTIÉRREZ DE PABLO, G.; “Diversos aspectos de la planificación fiscal internacional y el uso de paraísos fiscales”, *Impuestos*, nº 10, 1995.
- GUTIÉRREZ LOUSA, M.; “La Directiva 48/2003/CE sobre fiscalidad del ahorro”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 254, 2006.
- GUTIÉRREZ LOUSA, M.: “La libre circulación de capitales: implicaciones para las Administraciones tributarias de los países miembros de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 299, 2009.
- HAUSER, R., SCHWERI. E. y HARTMANN, K.; *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6^a edición, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2005.
- HAY, R. J.: “Offshore Centers Under Attack”, *Tax Planning International Review*, 1999.
- HERNÁN CÁRDENAS, J., *The anti-money laundering effort: some elements*

for análisis, Latin American and Caribbean Region Division of The World Bank, Mimeo, Washington, 1995. Disponible en: <http://www.slideshare.net/cardenasjhc/the-anti-money-laundering-effort-some-elements-for-analysis>

- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P. A.; “La dudosa legitimidad del Plan de Acción de la OCDE para la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS)” , *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 873/2013, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.
- HERRERA MOLINA, P. M. y GRAU RUIZ, M^a. A.: “La armonización fiscal: límites y alternativas”, *Impuestos*, nº. 10, 2002.
- HORTALÁ VALLVÉ, J.: *Comentarios a la red española de convenios de Doble Imposición*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- HUGO FIGUEROA, A.: “La negociación de los Tratados Tributarios Amplios”. Documento redactado en el Second Interregional Trainig Workshop on International Taxation and Steering Comittee Meeting of the Ad Hoc Group of Experts on Internacional Cooperation in Tax Matters, Beijing, China, 23-27 de abril de 2001.
- ISUSI APRAIZ, I., “FATCA: Principales implicaciones”, en GARCÍA PRATS, F. A., *Intercambio de informacion, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*.
- IZQUIERDO LLANES, G. “La armonización de las retenciones sobre el ahorro en la Unión Europea: una visión económica”, *Crónica Tributaria*, núm. 95, 2000.
- JANSKY, P. Y PRATS, A., “Multinational corporations and the profit-shifting lure of tax havens”, *Christian Aid Occasional Paper*, núm. 9, Christian Aid, Londres, marzo 2013, <http://www.christianaid.org.uk/images/ca-op-9-multinational-corporations-tax-havens-march-2013.pdf>
- JIMENEZ VILLAREJO, C., *La delincuencia financiera, los paraísos fiscales y la intervención de los bancos*, Attac Madrid, 25 de marzo de 2004.
- KOCHINKE, C.J.M. “International Chamber of Commerce Tears Up Draft Tax Convention”, *International Enforcement Law Reporter*, vol. 2, núm. 8, Washington, USA, 1986.
- LAAOUEJ, A.: “Les accords “ rubik “ proposes par la suisse : bonne solution ou miroir aux alouettes?”, *Boletín Etat de la question* , Institut Emile

Vandervelde, Marzo de 2013.

- LAMBELET, J.Ch.: Secret bancaire: quelle importance pour la Suisse et pour le monde?, en SCHWOK, R.: *Place financière suisse, évasion fiscale et intégration européenne*, Institut européen de l'Université de Genève, Ginebra, 2002.
- LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., “Diferentes enfoques para el intercambio automático de información”, *Quincena Fiscal*, núm. 15-16, Septiembre 2013.
- LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., *La Competencia Fiscal Desleal entre los Estados Miembros de la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C., STORK, A. y ZAGLER, M. (Direct.), *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Amsterdam: IBFD, 2010.
- LANZ, K.: “Fiscalità del risparmio: la nuova proposta di direttiva e l'introduzione di misure equivalenti in Svizzera”, *Rassegna di fiscalità internazionale*, núm. 6, 2002.
- LASARTE LÓPEZ, R., *El intercambio de información y la asistencia mutua en la aplicación de los tributos. La doctrina del TJUE en los años 2003-2012*, UDIMA, Madrid, 2014.
- LAS HERAS, M. A. “La armonización de la fiscalidad directa y la libre circulación de capitales; los incentivos a competir con la tributación del ahorro”, *Hacienda Pública Española*, IEF, núm. 1, 1990.
- LETE ACHIRICA, C., *Las entidades no residentes en el IS*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- LIÉGEOIS, F., “Limitation des garanties d'accès au juge pour les contribuables étrangers?”, *Centre de droit bancaire et financière*, septiembre de 2013, Universidad de Ginebra, 2013.
- LOMBARDINI, C.: *Droit bancaire suisse*, Edit. Zen-Ruffinen, Zurich-Bâle-Genève, 2002.
- LÜTHI, D.: “Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht der Schweiz”, en *Handbuch des Internationalen Steuerrecht der Schweiz*, edit. Höhn, 2ª edic., Berna-Stuttgart-Viena, 1993.
- MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A.: “Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales”, *Documentos*, Instituto de Estudios Fiscales, núm. 1,

Madrid, 2002.

- MALHERBE, J., “Fiscalité européenne de l'épargne : une Directive en attente”, *Revue Droit Fiscal*, núm. 47, 2002.
- MALHERBE, J.: “La protection de la confidentialité en matière fiscale,” Ponencia general en el XLV Congreso Internacional de derecho financiero y fiscal, *Cahiers de Droit fiscal international*, Volume LXXVIb, 1991, Barcelona.
- MANTERO, A.; *Procedimiento de la Inspección Tributaria*, 2.ª ed., Ministerio de Hacienda, 1981.
- MARKHLOUF, G.: “Statements on the OECD’s Harmful Tax Practices Initiatives”, *Tax Notes International*, núm. 24, noviembre 2001.
- MARTÍN DÉGANO, I., VAQUERA GARCÍA, A. y MENÉNDEZ GARCÍA, A.: *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, Vol. 2, Lex Nova, Madrid, 2005.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y GRAU RUIZ, Mª. A., “Un paso más en la colaboración tributaria a través de la formación: el programa fiscalis de la unión europea”, *Documentos*, número 27/02, Instituto de Estudios Fiscales, 2002.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A.; “Instituciones de inversión colectiva: aspectos de fiscalidad internacional de las SIMCAV españolas” en RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, A. (Coord.); *Fiscalidad y Planificación Fiscal Internacional*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2003.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*, Kluwer Law, Londres, 1999.
- MARTIN JIMENEZ, A. y CALDERON CARRERO, J.M., “El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿el final, el principio del final o el final del principio?”, *Quincena Fiscal*, núm. 1, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014.
- MARTÍN LÓPEZ, J.: “Competencia fiscal prejudicial, paraísos fiscales e intercambio de información tributaria”, en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (Coords.), *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2012.
- MARTÍNEZ GINER, L. A.: “El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK”, *Quincena Fiscal*,

Aranzadi, 19/2002.

- MARTÍNEZ GINER, L. A., *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ GINER, L.A. “Lucha contra el fraude fiscal, buena gobernanza e intercambio de información en la unión europea”, en GARCÍA PRATS, F. A., *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, IEF, Madrid, 2014.
- MARTÍNEZ GINER, L. A., “Nuevos horizontes en el intercambio de información tributaria: a propósito de la propuesta de Directiva relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad”, *Quincena Fiscal*, núm. 12, junio 2009.
- MARTÍNEZ POZO, E., “Avances de la unión europea en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El intercambio automático de información”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 3046, diciembre de 2013.
- MARTOS, J. J.: “Paraísos fiscales, territorios de nula tributación y territorios con los que no existe un efectivo intercambio de información”, *Revista de Contabilidad y Tributación* nº 290, CEF, 2007.
- MAZUELOS, A., “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004.
- McINTYRE, M. J. “How to End the Charade of Information Exchange”, *Tax Notes International*, Vol. 56, núm. 4, 2009.
- MEINZER, M.; “Towards multilateral automatic information exchange. Current practice of AIE in selected countries”, *Tax Justice Network*, 21 de agosto de 2012. Disponible en <http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/AIE2012-TJN-Briefing.pdf>.
- MERHAI, J. y LECHAUD, Ch.: “Conventions de double imposition, accords fiscaux et secret bancaire”, en AUGSBURGER-BUCHELI, I. y PERRIN, B.; *Les enjeux juridiques du secret bancaire*, Schulthess Éd. Romandes, Ginebra, 2011.
- MERINO ESPINOSA, M. del P. y NOCETE CORREA, F. J.: “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español”, *Documentos IEF*, núm. 6/2011, IEF.
- MERINO ESPINOSA, M. P. y NOCETE CORREA, F. J.: “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión

- conceptual y la pluralidad de intereses”, *Crónica Tributaria*, núm 139, 2011.
- MICHAVIDA NÚÑEZ, J.M., “El artículo 24 de la Constitución y el derecho al secreto profesional: una visión unitaria de la institución”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 56, 1987.
 - MOERMAN, S., “The main characteristics of tax havens”, *Intertax* vol. 27, nº 10, 1999.
 - MONTAGNIER, G. “Harmonisation fiscale européenne, marzo 1997-marzo 1999”, *Revue Trimestrielle du Droit Européenne*, núm. 35, octubre-diciembre 1999.
 - MONTERO DÍAZ, M.; “Refugios extraterritoriales: un problema fiscal y financiero”, *Cuadernos de formación*, núm. 10/2010.
 - MONTERO SIMÓ, M., “El Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE ¿Un cambio de paradigma?”, *Blog del Máster Universitario en Tributación y Asesoría Fiscal*, 21 de febrero, 2014. Disponible en: <http://blogmastercaf.wordpress.com/2014/02/21/el-plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios-de-la-ocde-un-cambio-de-paradigma/>
 - MORENO CATENA, V. M., DELGADO MARTÍN, J., VOGEL, J. R. (et al.) *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
 - MORENO GONZÁLEZ, S.: “Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 146/2013.
 - MULLER, G., “La nouvelle convention franco-suisse contre la double imposition du 9 septembre 1966”, *RDAF*, 1968. <http://www.rdaf.ch/>.
 - OBERSON, X., TORRIONE, H. y otros: *Les procédures en droit fiscal*, 2ª Edic., Ordre Romande des experts fiscaux diplômés (OREF), Berna 2005.
 - OBERSON, X.; *Droit fiscal suisse*, 3ª Ed., Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2007.
 - OBERSON, X.: “Coordination entre l’Union européenne et la Suisse de l’imposition des revenus de l’épargne”, en THEVENOZ, L. y BOVET, Ch. (dir), *Journée 2001 de droit bancaire et financier*, Stämpfli, Berna, 2002.
 - OBERSON, X.: “Questions actuelles concernant le secret bancaire dans la procédure fiscale”, en AUBERT, M. y BERNASCONI, P.: *Les nouveaux défis au*

secret bancaire suisse, Méta-Editions, Lausanne, 1996.

- OBERSON, X.: “Refonte de la fiscalité: Une boîte de Pandore”, *La Lettre du Groupement des Banquiers Privés Genevois*, nº 34 mayo 2008.
- OBERSON, X.: *Précis de droit fiscal international*, 2ª ed., Stämpfli, Berna, 2004.
- ORTEGA MALDONADO, J. M., “El secreto profesional como límite a las facultades de investigación y control de la administración fiscal”, Ponencia presentada en el Congreso Internacional del derecho a la información, México, 2004.
- OWENS, J., “Taxation in a Global Environment”, *OECD Observer*, artículo de 1 de marzo de 2002.
- OWENS, J.: “Moving towards better transparency and Exchange of information on tax matters”, *Bulletin for international taxation*, November, 2009.
- PALAO TABOADA, C., prólogo en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, 4ª. ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010.
- PALAO TABOADA, C.: “El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario”, *Cuadernos Civitas*, Thomson- Civitas, Pamplona, 2008.
- PASCUAL GONZÁLEZ, M. M.: “La asistencia mutua para el cobro de créditos entre Estados miembros de la Unión Europea”, *Nueva Fiscalidad*, nº 5, septiembre-octubre 2008.
- PASCUAL GONZÁLEZ, MARCOS M. “Nueva perspectiva financiera del blanqueo de capitales”, *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 17/2011 (Estudio), Editorial Aranzadi, Pamplona. 2011.
- PASTORIZA VÁZQUEZ, J. S., “Il periodo transitorio nella direttiva risparmio”, *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* núm. 3, 2007.
- PASTORIZA VÁZQUEZ, J. S., “La Directiva 2003/48/CE. Un nuevo paso hacia la armonización de la tributación de las rentas derivadas del capital en la UE” *Quincena Fiscal*, núm. 11, junio 2004.
- PASTORIZA VÁZQUEZ, J. S.: “El intercambio de información y la directiva sobre fiscalidad del ahorro”, en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (Coords.): *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2012.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J. “La cooperación administrativa en la unión

- europea contra el fraude fiscal”, *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 3, 2012.
- PERDELWITZ, A.: “The New Tax Agreement between Germany and Switzerland, Milestone or Selling of Indulgences?”, *European Taxation*, núm. 12, diciembre 2011.
 - PEREZ NAVARRO, L.; “Overcoming fiscal borders in the global economy”, *OECD Observer*, artículo de 1 de enero de 1999.
 - PÉREZ RODILLA, G.: “La colaboración de las Administraciones fiscales en el ámbito de la Unión Europea en la lucha contra el fraude fiscal”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.): *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. I, 3ª edición.
 - PÉREZ ROYO, F. “La Directiva 2003/48/CE, sobre fiscalidad del ahorro y su transposición al ordenamiento español”, *Quincena Fiscal*, núm. 21, 2004.
 - PICCIOTTO, S.: “Base Erosion and Profit-Shifting (BEPS): Implications for Developing Countries”, *Tax Justice Network*, febrero de 2014. Disponible en <http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/TJN-Briefing-BEPS-for-Developing-Countries-Feb-2014-v2.pdf>
 - PICOTTI, L.: *Conclusiones*, Conferencia Società off shore e pregiudizio alle entrate comunitarie, Centro di diritto penale tributario, Turín, 12-13 junio de 1997.
 - PISTONE, P.: “Exchange of information and Rubik Agreements: the perspective of an EU academic” en *Bulletin for International Taxation*, vol. 67, núm. 4-5/2013.
 -
 - PITA GRANDAL, C., “El intercambio de informaciones tributarias como instrumento de contención de la competencia desleal a nivel internacional”, en CIAT, Cooperación Internacional-Intercambio de Información, Serie Temática Tributaria, año 2, núm. 3, 2009.
 - PITA GRANDAL, C., “Intercambio de información y Administración tributaria”, *Revista Iberoamericana de Derecho Tributario*, núm. 6, 1997.
 - PITA GRANDAL, C.: “Intercambio de información entre las Administraciones tributarias”, en *Acciones contra el abuso y defraudación fiscales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
 - PITA GRANDAL, C.: “Intercambio de información y Administración tributaria”, en *Acciones contra el abuso y defraudación fiscales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

- PITA GRANDAL, C. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: “La información bancaria con fines fiscales en España (análisis de la cuestión a la luz de la normativa interna y comunitaria)”, *Quincena Fiscal*, nº. 1/2003.
- POPP P., *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2001.
- QUINTERO OLIVARES, G y OTROS.: “Los medios de prueba mencionados expresadamente en el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000” en MORENO CATENA, V. M., DELGADO MARTÍN, J., VOGEL, J. R. (et al.) *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- RAMALLO MASSANET, J.: “Las relaciones interadministrativas en la aplicación de los tributos”, *Documentación Administrativa*, núm. 240, 1995,
- REICHEN, N.: “Evasión, soustraction et fraude fiscales et blanchiment de capitaux”, *L’expert comptable suisse*, núm. 8/2002.
- RIBES RIBES, A., *Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional: Interpretación, Procedimiento Amistoso y Arbitraje*, EDESA, Madrid, 2003, pág. 80.
- RIVIER, J.M.; *Droit fiscal suisse : l’imposition du revenu et de la fortune*, 2ª Edic., edit. Lausanne, 1998.
- RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, A. (Coord.), *Fiscalidad y Planificación Fiscal Internacional*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M. “El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria”, *Revista para el análisis del Derecho* núm. 3/2012. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/918.es.pdf>
- ROGER MICHELI, F. y NILS ROBERTS, Ch.: “Documents volés et dénonciations fiscales”, *Jusletter*, 19.11.2012. Disponible para abonados en: <http://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2012/687.html>
- ROSEMBUJ, T.: *Intercambio internacional de información tributaria*, Servicio de Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2004.
- RUCHELMAN, S. C. y SHAPIRO, S. K. “Exchange of Information”, *Intertax*, vol. 30, nº 11, 2002.
- RUIZ GARCÍA, J. R., *Secreto bancario y hacienda pública: (el deber de*

colaboración de las entidades bancarias en el procedimiento de gestión tributaria), Madrid, Civitas, 1988.

- RUIZ GARCÍA, J. R. y CALDERÓN CARRERO, J. M. (Coords): *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, Coruña, 2004.
- RYSER W. y ROLLI, B., *Précis de droit fiscal suisse (impôts directs)*, 4^e edic., Stämpfli, Berna, 2002.
- SAINT DENIS, P., “Medidas recientes adoptadas en Canadá y a nivel internacional para combatir el lavado de dinero”, en *Medidas efectivas para combatir delitos de drogas y mejorar la Administración de Justicia penal*, IV Seminario regional celebrado del 15 al 27 de julio en S. José de Costa Rica, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), San José de Costa Rica, 1991.
- SALTO VAN DER LAAT, “Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española”, *Crónica Tributaria*, nº 93, 2000.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985.
- SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. A.: “Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria”, *Documentos*, IEF núm. 19/08.
- SCHELLING, C.: “L'imposition des entreprises entre acceptation internationale et compétitivité”, *La Vie économique*, núm. 9, 2013.
- SCHNEIDER-AMMANN, J., “OCDE: la Suisse veut se garder toutes les options ouvertes quant à la fiscalité”, *La Côte*, 30 de mayo de 2013. Disponible en <http://www.lacote.ch/fr/economie/ocde-la-suisse-veut-se-garder-toutes-les-options-ouvertes-quant-a-la-fiscalite-603-1190341>.
- SCHÖNENBERGER, W., *Mélanges en l'honneur*, Editions Universitaires, Fribourg, Suiza, 1968.
- SCHWAGER, P. *Das Bankgeheimnis Schweizerische*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1973.

- SCHWOCK, R.; *Suisse-Unión européenne: L'adhésion impossible?*, PPUR, colección "Le savoir Suisse", Lausanne, 2010.
- SCHWOK, R.: *Place financière suisse, évasion fiscale et intégration européenne*, Institut européen de l'Université de Genève, Ginebra, 2002.
- SERRANO ANTÓN, F., "Cuestiones relevantes sobre la residencia fiscal de las personas físicas en la tributación española e internacional", en CARMONA FERNÁNDEZ, N., SERRANO ANTÓN, F. y BUSTOS BUIZA, J.A.; "Algunos aspectos problemáticos de la fiscalidad de los no residentes", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 24/02.
- SERRANO ANTÓN, F., "El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado", *Derecho PUCP*, núm. 72, 2014.
- SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, 4ª. ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010.
- SERRANO ANTÓN, F "La modificación del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las partnerships", *Documentos*, IEF, núm. 5, 2002
- SERRANO ANTÓN, F., "Las medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional" en SOLER ROCH, M.A. y SERRANO ANTÓN, F, *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario*, IEF, Madrid, 2002.
- SERRANO PALACIO, C.: "Efectos positivos y perniciosos de la Directiva del Ahorro desde el punto de vista de la gestión tributaria", *Cuadernos de Formación*, núm. 2/2006, IEF.
- SIMÓN ACOSTA, E. y MATEO RODRÍGUEZ, L.: "La armonización de la imposición sobre la renta del capital mobiliario", *Impuestos*, núm. 12, 1986.
- SOLER ROCH, M. T., y SERRANO ANTÓN, F. (Dir.): *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

- SPENCER, D. y SHARMAN, J. C., "OECD proposals on Harmful tax practices: a status report (part I)", *Journal of International Taxation* , nº 17, octubre 2006.
- SPENCER, D., "FATCA: progress towards automatic information Exchange", *Tax Justice Network blog*, 2 de marzo de 2012. Disponible en: <http://taxjustice.blogspot.ch/2012/03/fatca-progress-towards-automatic.html>
- SPENCER, D., "OECD Model Agreement is a Major Advance in Information Exchange (Part II)", *Journal of International Taxation*, vol. 13, núm. 11, 2002.
- SPENCER, D., "The U.S. Proposed Regulations On Non-Resident Alien Bank Deposit Interest", *International Taxation*, junio 2011
- STEFANI, G., "La liberalizzazione dei movimenti di capitali nella CEE e rischi di distorsioni ed evasioni fiscali", *Bolletino Tributario*, núm. 19, 1989.
- SURREY, S., *United Nations Model Convention for Tax Treaties Between Developed and Developing Countries. A description and analysis*, Series Selected Monographs on Taxation vol. 5, International Bureau of Fiscal Documentation, , Amsterdam, 1980.
- TERWANGNE, C., MOINY, J. PH., DINANT, J.M., y otros, *Rapport sur les lacunes de la Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel face aux développements technologiques*, Direction Générale des affaires juridiques et des droits de l'Homme-Conseil de l'Europe, Estrasburgo, noviembre de 2010. Disponible en <http://www.crid.be/pdf/public/6559.pdf>
- THEOBALD, C., "The World Bank: Good Governance and the New Institutional Economics", *Law and State* vol. 59/60, 1999.
- THEVENOZ, L. y BOVET, Ch. (dir), *Journée 2001 de droit bancaire et financier*, Stämpfli, Berna, 2002.
- THILMANY, J.: *Transferts indirects de bénéfices*, Ced-Samsom, Diegem (Bélgica), 1996.
- THÜRER D., "Soft Law", en WOLFRUM, R. (Dir.), *Encyclopaedia of Public International Law*, Vol. IV, Elsevier, Ámsterdam, 2000.
- TORRIONE, H.: "Abus (impôt éludé), fraude et soustraction en droit fiscal suisse : une étude comparative de ces notions à partir de la jurisprudence

- du TF et de l'arrêt du TAF du 5.3.2009 dans l'affaire UBS", en GLAUSER, P. M. (Ed): *Evasión fiscal, Une approche théorique et pratique de l'évasion fiscale*, Genève 2010.
- TORRIONE, H.: "Les infractions fiscales en matière d'impôts directs et dans le domaine de l'impôt anticipé, des droits de timbre et de la TVA", en OBERSON, X., TORRIONE, H. y otros: *Les procédures en droit fiscal*, 2ª Edic., Ordre Romande des experts fiscaux diplômés (OREF), Berna, 2005.
 - UCKMAR, V. (Coord.) y otros: *Corso di Diritto tributario internazionale*, Cedam, Padova, 2005.
 - VALDÉS COSTA, R.: *Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano*, Editorial y Librería Jurídica A.M. Fernández, Montevideo (Uruguay), 1982.
 - VALLEJO CHAMORRO, J. M.: "La competencia fiscal perniciosa en el sendo de la OCDE y de la Unión Europea", *Nuevas tendencias en la economía y fiscalidad internacional*, Información Comercial Española (ICE), núm. 825, 2005.
 - VALLEJO CHAMORRO, J. M.: "La competencia fiscal", en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.): *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. I, 3ª edición.
 - VAN BERCHEM, M., "La Suisse reste dans le collimateur de Paris", *swissinfo.ch*, International Service of the Swiss Broadcasting Corporation, 23 de abril de 2013. Disponible en http://www.swissinfo.ch/fre/politique_suisse/La_Suisse_reste_dans_le_collimateur_de_Paris.html?cid=35536474
 - VÉGH, P. G., "Towards a better exchange of information", *European Taxation*, vol. 42, núm. 9, 2002.
 - VILLAR EZCURRA, M. y ROZAS VALDÉS, J. A.: "La asistencia mutua tributaria a la luz del Principio de proporcionalidad", *Noticias de la UE*, (Monográfico sobre la fiscalidad del ahorro), Edit. "La Ley" núm. 254, marzo 2006.
 - VILLAR EZCURRA, M.: "El control de ayudas de Estado y la competencia fiscal desleal" en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.): *Manual de Fiscalidad Internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 2001.
 - VOGEL, K.: "Der Kommentar der OECD zum Doppelbesteuerungs-Musterabkommen", en DIETER C., DITTMANN, A., FECHNER, F. y GASSNER, U., *In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen...*, Ducker &

Humblot GmbH, Berlín, 2001.

- VOGEL, K.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3ª Edition,; Kluwer Law International, Londres-La Haya-Boston, 1997.
- WALDBURGER, R., “Aktuelle Entwicklungen in der schweizerischen Amtshilfe im Steuerbereich”, *Revue suisse de droit des affaires*, 2009.
- WALDBURGER, R.: “Assistance administrative et entraide judiciaire internationales en matière fiscale”, en OBERSON, X., TORRIONE, H. y otros: *Les procédures en droit fiscal*, 2ª Edic., Ordre Romande des experts fiscaux diplômés (OREF), Berna 2005.
- WEINER, J.: “OECD Forum on Harmful Tax Practices marks fifth year”, *Tax Notes International*, 21 julio de 2003.
- WOLFGANG, W (Coord.) y otros, *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, B.T.J.P., Berna, 1993.
- WOLFGANG, W.: “Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik”, en WOLFGANG, W (Coord.) y otros, *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, B.T.J.P., Berna, 1993.
- WOLFRUM, R. (Dir.), *Encyclopaedia of Public International Law*, Vol. IV, Elsevier, Ámsterdam, 2000.
- YUNG, W.: “Devoirs généraux et obligations”, en SCHÖNENBERGER, W., *Mélanges en l’honneur*, Editions Universitaires, Fribourg, Suiza, 1968.
- YUNG, W.: *Etudes et articles*, colección “Memoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève, Suiza, 1971.
- ZAGARIS, B.: “The Assault on Low Tax jurisdictions: A Call for Balance and Debate”, *Tax Management International Journal*, Vol. 28, 1999.
- ZEN-RUFFINEN, P., *Les secrets et le droit*, universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, enseignement de 3eme cycle de droit, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, 2004.
- ZIMMERMANN, R., *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3ª éd., Stämpfli, Berne, 2009.
- ZOGG, M., “La Suisse participe au plan de l’OCDE sur la fiscalite”, *L’Agefi*, 30 de marzo de 2014.

- ZORNOSA PÉREZ, J. J., *Interpretación y aplicación de las normas en el contexto del Derecho tributario internacional*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 800, Pamplona, 2010.
- ZUFFEREY, J. B., CASA, S. y GRISEL, C.: "Secret bancaire et obligation administrative de collaborer : une rivalité traditionnelle sous un jour changeant", en ZEN-RUFFINEN, P., *Les secrets et le droit*, universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, enseignement de 3eme cycle de droit, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, , 2004.

DOCUMENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

- CIAT, *Modelo de Acuerdo de Intercambio de Informaciones Tributarias*, Disponible en <http://www.ciat.org/index.php/es/productos-y-servicios/publicaciones/modelos.html>
- COMISION EUROPEA, *Automatic Exchange of information: frequently asked questions*, Memo/13/533, de 12 de junio de 2013. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-533_en.htm (consultado el 10 de junio de 2014).
- COMISION EUROPEA, *Combatir el fraude y la evasión fiscal*, 22 de mayo de 2013. Disponible en http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax_es.pdf
- COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social Europeo - Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal*, COM (2009) 201 final, Bruselas, 28 de abril de 2009.
- COMISION EUROPEA, *Hacia la coordinación de la fiscalidad en la Unión europea, paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa*, 1 de octubre de 1997.
- COMISIÓN EUROPEA, *La fiscalidad en la Comunidad Europea*, 20 de abril de 1996.
- COMISION EUROPEA, *Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea*, 5 de noviembre de 1997.
- COMISIÓN EUROPEA, *Proposition de Directive du Conseil relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal*, COM (2009) 29 de 2 de febrero de 2009.
- COMISIÓN EUROPEA, *Taxing the Digital Economy: Commission creates Expert Group to guide EU approach*, C(2013) 7082 final, 22 de octubre de 2013. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-983_en.htm?locale=EN
- CONSEJO DE EUROPA, *Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Bruselas 19 y 20 de marzo de 2009*. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/106815.pdf
- CONSEJO DE EUROPA, *Convention núm. 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère*

personnel, de 28 de enero 1981. Disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=108&CM=&DF=&CL=FRE>

- CONSEJO DE EUROPA, *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*, COM (2008) 727 de 13 de noviembre de 2008.
- G20, *Declaración final de la cumbre de jefes de estado y de gobierno del G20*, San Petersburgo, Rusia, 5 y 6 de septiembre de 2013. https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/Saint_Petersburg_Declaration_ENG_0.pdf
- G20, *The Global Plan for Recovery and Reform*, Londres, 2 de abril de 2009, en https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/London_Declaration.pdf
- GAFI, *Les quarante recommandations 20 Juin 2003*, Secretariat du GAFI, París, 2003. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/Recommandations%20GAFI%202003.pdf>
- GAFI, *Rapport d'évaluation mutuelle de la suisse – rapport de suivi*, 27 octobre 2009, Secretariat du GAFI, París, 2009. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/mer%20switzerland%20rapport%20de%20suivi.pdf>
- GAFI, *The FATF Recommendations - 16 February 2012*, FATF Secretariat, París, 2012. Disponible en http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf
- OCDE y CONSEJO DE EUROPA, *Protocol amending the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (Protocolo de enmienda al Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal)*, OECD Publications, París, 2010. Disponible en http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2010_Protocol_Amending_the_Convention.pdf
- OCDE y CONSEJO DE EUROPA, *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters Amended by the 2010 Protocol*, OECD Publishing, París, 2011. Disponible en: <http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrati>

ve- assistance-in-tax-matters_9789264115606-en.

- OCDE, “Módulo 1 - El intercambio de información previa petición”, *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios*, Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, 23 de enero de 2006. Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/41814353.pdf>
- OCDE, “Módulo 2 - El intercambio espontáneo de información”, *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios*, Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, 23 de enero de 2006. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/41814387.pdf>
- OCDE, “Módulo 3. El intercambio automático (o sistemático) de información”, *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios*, Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, 23 de enero de 2006. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/41814449.pdf>
- OCDE, “Módulo sobre aspectos generales y legales del intercambio de información”, en *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios*, Comité de Asuntos Fiscales, Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/41814314.pdf>
- OCDE, *Accord sur l'Échange de Renseignements en Matière Fiscale*, OECD Publications, Paris, 2002.
- OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, julio 2013. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>
- OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, febrero 2013. Disponible en http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en
- OCDE, *Améliorer l'Accès aux Renseignements Bancaires a des Fins Fiscales*, OECD Publications, París, 2000. Disponible en <http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurlatransparenceetlechangede-renseignementsadesfinsfiscales/45630155.pdf>
- OCDE, *Améliorer l'Accès aux Renseignements Bancaires a des Fins Fiscales: Rapport d'Étape 2003*, OECD Publications, París, 2003.

- OCDE, *Améliorer l'Accès aux Renseignements Bancaires a des Fins Fiscales: Rapport d'Étape 2007*, OECD Publications, París, 2007.
- OCDE, *Automatic Exchange of Information. What is, How it Works, Benefits, What remains to be done*, OECD Publications, 23 de julio de 2012, pág. 19 . Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/automatic-exchange-of-information-report.pdf>
- OCDE, *Declaración de Seúl*, 14-15 de septiembre, Corea, 2006. Disponible en <http://www.oecd.org/korea/37417459.pdf>
- OCDE, *Draft Council Recommendation on the use of the OECD Model Memorandum of Understanding on Automatic Exchange of Information for Tax Purposes*. Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-information/2666393.pdf>
- OCDE, Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Phase 1 and phase 2 reviews (as of august 2014)*. Disponible en <http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurlatransparenceetlechange derenseignementsadesfinsfiscales/GFratings.pdf>
- OCDE, Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Rapport d'examen par les pairs : Suisse 2011, Phase 1*, Juin 2011 (reflète le cadre légal et réglementaire à compter du mois de mars 2011). Disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/forum-mondial-sur-la-transparence-et-l-echange-de-renseignements-a-des-fins-fiscales-rapport-d-examen-par-les-pairs-suisse-2011_9789264114685-fr;jsessionid=5qp3xa6thym1.x-oecd-live-02 (sólo lectura), y en <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/02/01/4180782114.pdf>
- OCDE, *Garantizando la confidencialidad. Guía de la OCDE sobre la protección de la información objeto de intercambio con fines fiscales*, OECD Publications, París, 2012. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/informe-garantizando-la-confidencialidad.pdf> (Último acceso 7 de diciembre de 2014)
- OCDE, *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for tax Purposes, Tax Transparency 2014 Report on Progress Global Forum on Transparency and Exchange of Information for tax Purposes*. Disponible en

<http://www.oecd.org/tax/transparency/GFannualreport2014.pdf>

- OCDE, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for tax Purposes, *Tax Co-operation 2009: Towards a Level Playing Field. 2009 Assessment*. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transparency/44429779.pdf>
- OCDE, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for tax Purposes, *Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field. 2009 Assessment*,. Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/tax-co-operation-2010_taxcoop-2010-en#page
- OCDE, *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, OECD Publications, París, 1998. Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>
- OECD *Implementacion Of The Ottawa Taxation Framework Conditions The 2003 Report*, Global Forum on Taxation, Ottawa, 14-15 October 2003, OECD Publications, París, 2003. Disponible en: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/OCDE/07_OT TAWA2003.pdf
- OCDE, *La Suisse fait un pas important pour appuyer la coopération internationale contre la fraude fiscale*. Disponible en <http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/la-suisse-fait-un-pas-important-pour-appuyer-la-cooperation-internationale-contre-la-fraude-fiscale.htm>
- OECD. *Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for tax Purposes*, OECD Publishing, París, 2006. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/16/23/36647823.pdf>.
- OCDE, *Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'ocde et du commentaire s'y rapportant*, 17 de Julio de 2012. Disponible en: http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/120718_Article%2026-FR.pdf (consultado el 3 de abril de 2013)
- OCDE, *Mise à Jour 2014 du Modèle de Convention Fiscale de L'OCDE*, OECD Publications, París, julio de 2014. Disponible en <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/mise-a-jour-2014-convention-fiscale.pdf>
- OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*,

- OECD Publications, Paris, 2000.
- OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, OECD Publications, Paris, 2005.
 - OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, OECD Publications, París, 2008.
 - OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, OECD Publications, París, 2010.
 - OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version)*, OECD Publications, París, 2014.
 - OCDE, *Oecd Secretary-General Report To The G20 Leaders*, Brisbane. Australia, noviembre de 2014. Disponible en https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/OECD_secretary-generals_report_tax_matters.pdf (Último acceso 8 de diciembre de 2014)
 - OCDE, *Progress Report on the jurisdictions Surveyed by the OECD Global Forum in Implementing the Internationally Agreed Tax Standard*, 2009. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/42497950.pdf>
 - OCDE, *Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, OECD Publishing, París, 2010. Disponible en: www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/36647823.pdf
 - OCDE, *Protocolo de enmienda al Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal*, París, 27 de mayo de 2010. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-1411
 - OCDE, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*, 13 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Automatic-Exchange-Financial-Account-Information-Common-Reporting-Standard.pdf>
 - OCDE, *Tackling Offshore Tax Evasión. The G20/OECD continues to make progress*, México, 2012. En [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CTPA/CFA\(2012\)51&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CTPA/CFA(2012)51&docLanguage=En) (último acceso 8 de diciembre de 2014).
 - OCDE, *Tax Information Exchange between OECD Member Countries: A Survey of Current Practices*, OECD Publishing, París, marzo de 1994.
 - OCDE, *Text of the Revised Explanatory Report to the Convention on Mutual*

- Administrative Assistance in Tax Matters As Amended by Protocol (Texto del informe explicativo revisado de la convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal enmendada por protocolo)*, 2010. Disponible en http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Explanatory_Report_ENG_%2015_04_2010.pdf y en <http://www.oecd.org/dataoecd/22/1/48462535.pdf> (Último acceso 7 de diciembre de 2014).
- OCDE, *Towards Global Tax Cooperation. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, OECD Publications, París, 2000. <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430257.pdf>
 - OCDE. *The OECD's Project On Harmful Tax Practices. The 2001 Progress Report*, OECD Publications, París, 2001. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/harmful/2664450.pdf>
 - OCDE. *The OECD's Project On Harmful Tax Practices. The 2004 Progress Report*, OECD Publications, París, 2004. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/harmful/37446434.pdf>
 - OCDE, *The OECD's Project On Harmful Tax Practices: 2006 Update On Progress In Member Countries*, OECD Publications, París, 2006. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/harmful/37446434.pdf>
 - OECD: The global forum on transparency and Exchange of information for tax purposes, *Tax Transparency 2014, Report on Progress*. Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/transparency/GFannualreport2014.pdf>
 - OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*, Centre for Tax Policy and Administration, 22 de julio de 2010. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45690216.pdf>.
 - ONU, *Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo*, Nueva York, 2001. Disponible en <http://www.un.org/esa/ffd/tax/index.htm>.
 - ONU, *Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación en tre países desarrollados y países en desarrollo*. Revisión de 2011, Nueva York, 2013. Disponible en http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf
 - PARLAMENTO EUROPEO, *Fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal*, Resolución 2009/2174(INI), 10 de febrero de 2010. Disponible en

[http://eurored.ccoo.es/comunes/recursos/99999/doc17686_Fomento_de_l
a_buena_gobernanza_en_el_ambito_fiscal.pdf](http://eurored.ccoo.es/comunes/recursos/99999/doc17686_Fomento_de_la_buena_gobernanza_en_el_ambito_fiscal.pdf)

OTROS DOCUMENTOS

- ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS (Division principale de l'impôt fédéral direct), Circulaire n° 21 aux administrations cantonales de l'impôt fédéral direct, Période fiscale 1995/1996, , *Le droit de rappel d'impôt et le droit pénal fiscal dans la loi sur l'impôt fédéral direct*, Berna, 7 de abril 1995.
- ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, *Circular n° 19 sobre la obligación de comunicar, declarar e informar en la LIFD*, Berna, 7 de marzo de 1995.
- ASEFiD, *Consultation relative à la Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (LAAF)*, elaborada en el marco del proceso de consultas del anteproyecto de LAAF, 11 de abril de 2011.
- ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (ASB), *Project - Flate Rate. Tax Flat rate tax on assets held with banks on a cross-border basis*, diciembre de 2009. Disponible en http://www.swissbanking.org/en/20091210-4730-dok-rubik_businesscase_sbvg-uka-final.pdf.
- ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (ASB), *Prise de position de l'Association suisse des banquiers relative à la norme publiée par l'OCDE sur l'échange automatique d'informations*, Basel, 13 de febrero de 2014. Disponible en <http://www.swissbanking.org/fr/stellungnahme-20140213.htm>.
- BERNE DECLARATION et al., *Reparando las grietas tributarias. Un plan de acción. Recomendaciones conjuntas al G20 y OCDE para contrarrestar la erosión de base imponible y el traslado de utilidades*. Disponible en: <https://www.inspiration.org/sites/default/files/Reparando-las-Grietas.pdf>
- CONFERENCE DE DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DES FINANCES *Extension de l'entraide judiciaire aux infractions fiscales. Prise de position par rapport au projet de consultation*, Berna, 21 de septiembre de 2012. Disponible en http://www.fdk-cdf.ch/fr-ch/120921_irsg_stn_fdkpzb_def_f_uz.pdf
- CONSEIL FÉDÉRAL *Entraide judiciaire en matière fiscale: coordination avec le droit pénal fiscal et les dernières recommandations du GAFI*, 20 de febrero de 2013 Disponible en <http://www.news.admin.ch/message/>

index.html?lang=fr&msg-id=47839

- CONSEIL FEDERAL, *Message concernant l'adoption d'une loi sur l'assistance administrative fiscale*, 6 de julio de 2011, disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2011/5771.pdf>
- CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012*, FF 2014 585, Berna, 13 de diciembre de 2013. Disponible en <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/585.pdf> (Último acceso 13 de diciembre de 2014)
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport explicatif sur la modification de la loi sur l'assistance administrative fiscale*. Disponible en <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31530.pdf> (Último acceso 10 de diciembre de 2014).
- DFF, *Entrée en vigueur de nouvelles conventions contre les doubles impositions avec l'Australie, la Hongrie et la Chine*, 14 de noviembre de 2014. Disponible en <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=fr&msg-id=55236>
- DFF, *La Suisse entend reprendre les standards de l'OCDE relatifs à l'assistance administrative en matière fiscale*. Disponible en <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=fr&msg-id=25863>.
- DFF, *Les exigences relatives à l'assistance administrative en matière fiscale doivent être adaptées*, 15 de febrero de 2011, pág.1. Disponible en <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/22112.pdf>
- DFF, *Recommandations révisées du GAFI: résultat de la consultation et suivi des travaux*, Berna, 04.09.2013. Disponible en <http://www.admin.ch/aktuell/00089/?lang=fr&msg-id=50108>
- DFF, *Réforme de l'imposition des entreprises III* en http://www.genevefinance.ch/sites/default/files/pdf/rie_iii_dff_feuille_info_juin_2013.pdf
- CONSEJO DE MINISTROS FRANCÉS, *Rapport annuel du gouvernement portant sur le réseau conventionnel de la France en matière d'échange de renseignements 2013*, anexo al Proyecto de Ley de Finanzas para 2013,

- diciembre de 2012 pág. 4. Disponible en http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/farandole/2013/pap/pdf/Jaune2013_reseau_conventionnel.pdf
- HM TREASURY, *Exchange of Information and the Draft Directive on Taxation of Savings*, febrero de 2000. Disponible en <http://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vi7jgml4ojvr>
 - HOUSE OF COMMONS, International Development Committee, *Tax in Developing Countries: Increasing Resources for Development*, Londres, 17 julio 2012. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmintdev/130/13002.htm>
 - IRS, *Model 1A IGA Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC*, 6 de junio de 2014. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Reciprocal-Model-1A-Agreement-Preexisting-TIEA-or-DTC-6-6-14.pdf>
 - IRS, *Model 1B IGA Non-Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC*, 6 de junio de 2014. Disponible en <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Nonreciprocal-Model-1B-Agreement-Preexisting-TIEA-or-DTC-6-6-14.pdf>
 - IRS, *Model 1B IGA Non-Reciprocal, No TIEA or DTC*, 6 de junio de 2014. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Nonreciprocal-Model-1B-Agreement-No-TIEA-or-DTC-6-6-14.pdf>
 - IRS, *Model 2 IGA, Preexisting TIEA or DTC*, 6 de junio de 2014. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Model-2-Agreement-Preexisting-TIEA-or-DTC-6-6-14.pdf>
 - IRS, *Model 2 IGA, No TIEA or DTC*, 6 de junio de 2014. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Model-2-Agreement-No-TIEA-or-DTC-6-6-14.pdf>
 - IRS, *Model 1 IGA Annex I*, 6 de junio de 2014. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Annex-I-to-Model-1-Agreement-6-6-14.pdf>
 - IRS, *Model 2 IGA Annex I*, 6 de junio de 2014. <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Annex-I-to-Model-2-Agreement-6-6-14.pdf>
 - IRS, *Model 1 IGA Annex II*, 4 de noviembre de 2013.

<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Annex-II-to-Model-1-Agreement-11-4-13.pdf>

- IRS, *Model 2 IGA Annex II*, 4 de noviembre de 2013.
<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Annex-II-to-Model-2-Agreement-11-4-13.pdf>
- JUSTICIA FISCAL, *Reparando las grietas tributarias: Un plan de acción. Recomendaciones conjuntas al G20 y OCDE para contrarrestar la erosión de base impositiva y el traslado de utilidades*, 9 de agosto de 2013.
<http://www.justiciafiscal.org/2013/08/justicia-fiscal-un-plan-de-accion/>
- SWISS BANKING, *Accord entre la Suisse et l'Allemagne pour résoudre certaines questions fiscales bilatérales*, 5 de abril de 2012

WEBSITES

<http://www.7sur7.be>
<http://www.admin.ch>
<http://www.agenciatributaria.es>
<http://www.boe.es>
<http://www.christianaid.org>
<http://www.ciat.org>
<http://www.congreso.es>
<http://www.elysee.fr>
<http://www.etudes-fiscales-internationales.com>
<http://www.europa.eu>
<http://www.fatf-gafi.org>
<http://www.fdk-cdf.ch>
<http://www.finma.ch>
<http://www.genevefinance.ch>
<http://www.genevefinance.com>
<http://www.indret.com>
<http://www.irs.gov>
<http://www.justiciafiscal.org>
<http://www.keepeek.com>
<http://www.lacote.ch>
<http://www.letemps.ch>
<http://www.loyensloeff.com>
<http://www.minhap.gob.es>
<http://www.Nordisketax.net>
<http://www.oecd.org>
<http://www.oecdobserver.org>
<http://www.parlament.ch>
<http://www.performance-publique.budget.gouv.fr>
<http://www.rts.ch>
<http://www.s4tp.org>
<http://www.standaard.be>
<http://www.swissbanking.org>

<http://www.swissinfo.ch>

<http://www.treasury.gov>

<http://www.un.org>

<https://www.g20.org>

<https://www.imolin.org>

www.lamoncloa.gob.es

www.oref.ch